

Rudolf Brocker

Der Begriff der Erbschaft in den
§§ 2371 ff. BGB

– zugleich ein Beitrag zur Haftung des Erwerbers
einer Erbschaft nach den §§ 2382, 2383 BGB –

1987

Disbui. Münster

1987



MEINEN ELTERN

UND

MEINER FRAU



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0031

DER BEGRIFF DER ERBSCHAFT IN DEN
§§ 2371 ff. BGB

- zugleich ein Beitrag zur Haftung des Erwerbers
einer Erbschaft nach den §§ 2382, 2383 BGB -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt
von
Rudolf Broucker
aus Hamm
1987

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Brox
Dekan: Prof. Dr. Struensee

Tag der mündlichen Prüfung: 11.02.1987

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	1
ERSTER ABSCHNITT: Der Erbschaftsbegriff in § 2371	4
A. Die Auslegung des Begriffs "Erbschaft" nach dem Wortsinn	4
B. Die Auslegung des Begriffs "Erbschaft" in § 2371 aufgrund des Regelungszusammenhangs	5
C. Schutzzweck der Form	6
I. Entstehungsgeschichte des § 2371 - Normvorstellung des "historischen Gesetzgebers"	8
II. "Normativer Sinn" der in § 2371 vorgeschriebenen Form	13
1. Objektive und subjektive Zielrichtung der in § 2371 vorgesehenen Form	14
a) Die Formfunktion "Übereilungsschutz"	15
b) Die Formfunktion "Klarstellung"	19
aa) Klarstellungsfunktion im Interesse von Veräußerer und Erwerber	19
(1) Schutzbedürfnis nach Abschlußklarheit	21
(2) Schutzbedürfnis nach Inhaltsklarheit	22
bb) Klarstellungsfunktion im Interesse der Nachlaßgläubiger	23
c) Die Formfunktion "Beweissicherung"	28
aa) Legitimationsmöglichkeit durch Erbschein	29
bb) Schutzbedürfnis für den Nachweis in Form notarieller Beurkundung	30
2. Beurkundungserfordernis für Verträge, mit denen nicht die Erbschaft als solche, aber die ganze Erbschaft verkauft wird	30
D. Ergebnis zum ersten Abschnitt	31

ZWEITER ABSCHNITT: Der Begriff der Erbschaft in den §§ 2374, 2376 II, 2379, 2381	33
A. Der Erbschaftsbegriff in § 2374	33
B. Der Erbschaftsbegriff in § 2376 II	36
C. Der Erbschaftsbegriff in § 2379	37
D. Der Erbschaftsbegriff in § 2381	40
E. Zusammenfassung zum zweiten Abschnitt	41
DRITTER ABSCHNITT: Der Erbschaftsbegriff in den §§ 2382, 2383	42
A. Bestimmung des Begriffs der Erbschaft in den §§ 2382, 2383 nach dem Schutzzweck dieser Normen	43
I. Die "historische Begründung" der Haftungsregelung in den §§ 2382, 2383	44
1. Die Motive zu §§ 497, 498 E I	44
2. Die Protokolle zu § 497 E I	45
II. Schlußfolgerungen für die Bestimmung des Erb- schaftsbegriffs in den §§ 2382, 2383	47
III. Korrektiv für den Erwerber	48
B. Haftung des Erwerbers einer Erbschaft beim Kauf vom Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter, vom Erben oder Sachwalter im gerichtlichen Nachlaßver- gleichsverfahren oder vom Testamentsvollstrecker	51
I. Ausschluß der Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 beim Kauf der ganzen Erbschaft vom Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter, vom Erben oder Sachwalter im Nachlaßvergleichsver- fahren oder vom Testamentsvollstrecker aufgrund der Auslegung dieser Vorschriften	53
II. Ausschluß der Anwendbarkeit aufgrund teleologischer Reduktion der §§ 2382, 2383	55
1. Die Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 bei dem Kauf einer ganzen Erbschaft vom Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter	57

a)	Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum zur Haftung des Erwerbers nach § 419 bei Erwerb des Vermögens vom Konkursverwalter	58
b)	Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf die Frage nach der Erwerberhaftung gem. §§ 2382, 2383 beim Kauf einer Erbschaft vom Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter	63
aa)	Ausschluß der Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 wegen Fehlens eines Vertrages im Sinne dieser Vorschriften bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter	64
bb)	Ausschluß der Haftung nach den §§ 2382, 2383 wegen "wirtschaftlicher Sinnlosigkeit" bzw. Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsprinzip des Konkursverfahrens	68
cc)	Ausschluß der Haftung nach den §§ 2382, 2383 wegen ausreichender Gewährleistung des Gläubigerschutzes bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs	75
(1)	Gewährleistung des Gläubigerschutzes bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs	76
(a)	Bestellung der Verwalter durch das Gericht	77
(b)	Die Aufgaben des Nachlaß- und des Nachlaßkonkursverwalters	79
(c)	Aufsicht durch Nachlaß- bzw. Nachlaßkonkursgericht	82
(d)	Haftung der Verwalter gegenüber den Nachlaßgläubigern	85
(e)	Zusammenfassung zu (1)	88
(2)	Vergleich der Risikosituation bei Verkauf einer Erbschaft durch den Erben und durch Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter	89
c)	Zusammenfassung der bisherigen Untersuchung und Ergebnis zu 1.	97
2.	Die Haftung des Erwerbers bei Veräußerung des Nachlasses durch den Erben, Sachwalter oder Treuhänder aufgrund eines gerichtlichen Nachlaßvergleichs	98
a)	Der Liquidationsvergleich nach § 7 IV VglO als Grundlage einer Veräußerung des ganzen Nachlasses	103

aa)	Die Bedeutung der Formulierung "Überlassung des ganzen Vermögens ... an die Gläubiger" in § 7 IV VglO	104
bb)	Zulässigkeit des Liquidationsvergleichs im Nachlaßvergleichsverfahren	108
b)	Haftung des Erwerbers bei Erwerb des ganzen Nachlasses aufgrund eines gerichtlichen Nachlaßliquidationsvergleichs	111
aa)	Ausschluß der Erwerberhaftung aufgrund analoger Anwendung des § 92 V VglO	111
bb)	Ausschluß der Erwerberhaftung aufgrund teleologischer Reduktion der §§ 2382, 2383 wegen ausreichender Gewährleistung des Gläubigerschutzes	115
(1)	Die gesetzlichen Schutzmechanismen zugunsten der Nachlaßgläubiger während des Vergleichsverfahrens	117
(2)	Schutz der Nachlaßgläubiger bei Erfüllung des Liquidationsvergleichs	126
(3)	Ausreichende Absicherung der Nachlaßgläubiger im Liquidationsvergleichsverfahren gegen Beeinträchtigungen ihrer Befriedigungsmöglichkeiten aus dem Nachlaß	131
c)	Zusammenfassung und Ergebnis zu 2.	137
3.	Haftung des Erwerbers bei Veräußerung des ganzen Nachlasses durch einen Testamentsvollstrecker	139
a)	Auswahl und Ernennung des Testamentsvollstreckers	141
b)	Aufgaben des Testamentsvollstreckers	144
c)	Beaufsichtigung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht und Haftung des Testamentsvollstreckers	146
d)	Zusammenfassung und Ergebnis zu 3.	153
C.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des dritten Abschnitts	154

VIERTER ABSCHNITT:	Der Begriff der Erbschaft in den §§ 2384, 2385	158
A.	Der Begriff der Erbschaft in § 2384	158
B.	Der Begriff der Erbschaft in § 2385	160
FÜNFTER ABSCHNITT:	Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse	162

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	- anderer Ansicht
a. a. O.	- am angegebenen Ort
Abs.	- Absatz
AcP	- Archiv für die civilistische Praxis (Band, Jahr, Seite)
a. E.	- am Ende
a. F.	- alte Fassung
ALR	- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AnfG	- Anfechtungsgesetz i. d. F. vom 20. 5. 1898
Anm.	- Anmerkung
AO 1977	- Abgabenordnung vom 16. 3. 1976
AP	- Hueck-Nipperdey-Dietz, Nachschlagewerk des BAG - Arbeitsrechtliche Praxis
AT	- Allgemeiner Teil
Aufl.	- Auflage
AuR	- Arbeit und Recht (Jahr, Seite)
BAG	- Bundesarbeitsgericht
BayObLG	- Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	- Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
BB	- Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	- Band
Bearb.	- Bearbeiter
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896
BGBI.	- Bundesgesetzblatt
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHZ	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band, Seite)
BeurkG	- Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969

BWNotZ	- Mitteilungen aus der Praixs. Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg (Jahr, Seite)
bzw.	- beziehungsweise
DB	- Der Betrieb (Jahr, Seite)
ders.	- derselbe
d. h.	- das heißt
DGVZ	- Deutsche Gerichtsvollzieher- Zeitung (Jahr, Seite)
Diss.	- Dissertation
DJZ	- Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Spalte)
DNotZ	- Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DR	- Deutsches Recht (Jahr, Seite)
E I u. II	- Entwurf eines BGB 1. bzw. 2. Lesung
EG	- Einführungsgesetz
Einl.	- Einleitung
ErbStG	- Erbschaft- und Schenkungssteuer- gesetz vom 17. 4. 1974
f.	- folgende
FamRZ	- Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
ff.	- fortfolgende
FGG	- Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit i. d. F. v. 20. 5. 1898
Fn.	- Fußnote
FS	- Festschrift
GmbH-Rdsch	- GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
Gruchot	- Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot (Band, Jahr, Seite)
h. A.	- herrschende Ansicht
HGB	- Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897
h. L.	- herrschende Lehre
h. M.	- herrschende Meinung



HRR	- Höchsttrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
Hrsg.; hrsg.	- Herausgeber; herausgegeben
Hs.	- Halbsatz
i. d. F. v.	- in der Fassung vom
i. S. v.	- im Sinne des/der
i. V. m.	- in Verbindung mit
JA	- Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)
JR	- Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	- Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	- Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	- Kammergericht
KGJ	- Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (Band, Jahr, Seite)
KO	- Konkursordnung i. d. F. d. Bekannt- machung vom 20. 5. 1898
RTS	- Konkurs-, Treuhand- und Schieds- gerichtswesen (Jahr, Seite)
LM	- Nachschlagewerk des Bundesge- richtshofes, begründet von Fritz Lindenmaier und Philipp Möhring (Nr. der Entscheidung, § mit Ge- setzesangabe)
LS	- Leitsatz
l. Sp.	- linke Spalte
LZ	- Leipziger Zeitschrift für Deut- sches Recht (Jahr, Spalte)
MDR	- Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr, Seite)
MittRhNotK	- Mitteilungen der Rheinischen No- tarkammer (Jahr, Seite)
m. w. N.	- mit weiteren Nachweisen

- IX -

n. F.	- neue Fassung
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	- Nummer
o.	- oben
OLG	- Oberlandesgericht
OLGE	- Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, hrsg. von Mugdan und Falkmann
PrObTr	- Entscheidungen des Preußischen Obertribunals (Band, Seite)
RAG	- Reichsarbeitsgericht
Rdn. / Rdnr.	- Randnummer
RG	- Reichsgericht
RGBl.	- Reichsgesetzblatt
RGZ	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RPfleger	- Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
RPflG	- Rechtspflegergesetz vom 5.11.1969
r. Sp.	- rechte Spalte
s.	- siehe
S.	- Seite
s. o.	- siehe oben
sog.	- sogenannte (r/s)
Sp.	- Spalte
u.	- je nach Zusammenhang: und, unten
u. a.	- unter anderem
usw.	- und so weiter
VersR	- Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr, Seite)
vgl.	- vergleiche
VglO	- Vergleichsordnung vom 26.2.1935 bzw. mit Zusatz 1927 = Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927
VO	- Verordnung

Vorbem.

- Vorbemerkung

WarnRspr.

- Warneyer, Die Rechtsprechung des
Reichsgerichts in Zivilsachen
(Jahr, Nummer)

WM

- Zeitschrift für Wirtschafts-
und Bankrecht, Wertpapiermittei-
lungen Teil IV (Jahr, Seite)

ZAkDR

- Zeitschrift der Akademie für
Deutsches Recht (Band, Jahr,
Seite)

z. B.

- zum Beispiel

Ziff.

- Ziffer

ZIP

- Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
und Insolvenzpraxis (Jahr, Seite)

ZPO

- Zivilprozeßordnung in der Fassung
der Bekanntmachung vom 12.9.1950

z. T.

- zum Teil

LITERATURVERZEICHNIS

- Arens, Peter/Lüke, Wolfgang Einwand der Vermögensübernahme
gegen Drittwiderspruchsklage
- BGHZ 80, 296; JuS 1984, 263 ff.
- Bartholomeyczik, Horst Erbeinsetzung, andere Zuwendungen
und Erbschein, 5. Denkschrift des
Erbrechtsausschusses der Akademie
für Deutsches Recht, Tübingen 1942
- ders. Die Kunst der Gesetzesauslegung,
4. Aufl., Frankfurt a. M. 1967
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang/
Albers, Jan/
Hartmann, Peter ZPO, 45. Aufl., München 1987
- Baur, Fritz/
Stürner, Rolf Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-
und Vergleichsrecht, Ein Lehrbuch,
11. Aufl., Heidelberg 1983
- Becker-Eberhard, Ekkehard Zur Anwendbarkeit des § 419 BGB
auf die Sicherungsübereignung, AcP
1985, 429 ff.
- Beitzke, Günther Anm. zu BAG AP Nr. 7 § 419 BGB
- Betriebsnachfolge, ebenda
- Bergers, August Maria Die rechtlichen Grundlagen der
Gläubigergleichbehandlung im Kon-
kurs, KTS 1957, 49 f.
- ders. Der Konkurs als Aufgabe treuhände-
rischer Rechtspflege, KTS 1960,
1 ff.
- ders. Die Vergleichsordnung in der Erpro-
bung und Bewährung, KTS 1955, 2 ff.
- Bernard, Karl-Heinz Formbedürftige Rechtsgeschäfte,
Schriften zum Bürgerlichen Recht,
Bd. 55, Berlin 1979
- Bley, Erich Vergleichsordnung, Kommentar zum
Gesetz über den Vergleich zur
Abwendung des Konkurses (VglO
1927), Berlin 1935
- Bley, Erich/
Mohrbuter, Jürgen Kommentar zur Vergleichsordnung.
4. Aufl., Erster Band, §§ 1-81.
Berlin, New York 1979; Zweiter
Band, §§ 82-132, Berlin, New York
1981

- | | |
|---|--|
| Böhle-Stamschräder, Alois/
Kilger, Joachim | Konkursordnung, 14. Aufl., München,
1983 |
| dies. | Vergleichsordnung, 10. Aufl.,
München 1982 |
| Brand, A./Kleeff, J. | Die Nachlaßsachen in der gerichtli-
chen Praxis. 2. Aufl., Berlin,
Göttingen, Heidelberg 1961 |
| Brandenburg, Hans-Friedrich | Die teleologische Reduktion -
Grundlagen und Erscheinungsformen
der auslegungsunterschreitenden
Gesetzeseinschränkung im Privat-
recht, Göttinger Rechtswissen-
schaftliche Studien, Bd. 125,
Göttingen 1983 |
| Brandis | Haftung aus Vermögensübernahme und
Konkurs, JR 1932, 1-4 u. 14-18 |
| Brox, Hans | Erbrecht, 10. Aufl., Köln, Berlin,
Bonn, München 1986 |
| Brox, Hans/Walker, Wolf D. | Zwangsvollstreckungsrecht, Köln,
Berlin, Bonn, München 1986
(zitiert: Brox/Walker, Zwangsvoll-
streckungsrecht) |
| Coing, Helmut | Form und Billigkeit im modernen
Zivilrecht, Deutscher Notartag
1965, 29 ff., München und Berlin
1965 |
| Cosack, Konrad/
Mitteis, Heinrich | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2. Bd., Sachenrecht, Recht der
Wertpapiere, Gemeinschaftsrecht,
Familienrecht, Erbrecht. 7. u. 8.
Aufl., Jena 1924 |
| Damrau, Jürgen | Der Testamentsvollstrecker. JA
1984. 130 ff. |
| Danckelmann, Bernhard | Urteilsanmerkung zu OLG Celle NJW
1956. 792 ff.: NJW 1956, 792, 793 |
| Derleder, Peter | Ist der Übergang der Arbeitnehmer-
rechte bei einer Betriebsveräuße-
rung im Konkurs ausgeschlossen?,
AuR 1976. 129 ff. |
| Dernburg, Heinrich | Deutsches Erbrecht, Halle an der
Saale 1905 |

- Esser, Josef/Schmidt, Eike Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin, New York 1985
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979
(zitiert: Flume, BGB AT, § S.)
- ders. Die Vertragsfreiheit - Möglichkeiten und Grenzen - aus der Sicht der Kautelarjurisprudenz, 18. Deutscher Notartag Köln 1969, Sonderheft der DNotZ, München 1969
(zitiert: Flume, Deutscher Notartag 1969, S.)
- Gernhuber, Joachim Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: FS zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 151 ff.
- Gierke, Otto von Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere kraft Vermögensübernahme, in: FS für Ferdinand von Martitz zum 50 jährigen Doktorjubiläum, Berlin 1911, S. 33 ff.
- Grunsky, Wolfgang Schutz des Käufers bei Grundstückskaufverträgen - OLG Stuttgart NJW 1970, 566; JuS 1971, 177 ff.
- ders. Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, mit Beiträgen von Volker Emmerich, Walter Gerhardt, Wolfgang Grunsky, Diether Huhn, Eike Schmidt, Otto Tempel, Manfred Wolf, München 1974
(zitiert: Grunsky, Grundlagen, S.)
- Habscheid, Walther, J. Zur Heilung formnichtiger Erbteilskaufverträge, FamRZ 1968, 13 ff.
- Haegele, Karl Rechtsfragen zu Erbschafts Kauf und Erbteilsübertragung, BWNotZ 1971, 129 ff. u. 1972, 1 ff.
- Haegele, Karl/
Winkler, Karl Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, Handbuch für die Praxis, 8. Aufl., Regensburg 1984
- Häsemeyer, Ludwig Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Frankfurt a.M. 1971

- Hamburger, Hans Verpflichtungen aus dem Erbschafts-
kauf, Diss. Marburg 1914
- Hartlage, Barbara Mehrmalige Änderung des Vergleichs-
vorschlags mit sofortiger Abstim-
mung in demselben Vergleichstermin,
NJW 1977, 886 f.
- Heldrich, Karl Die Form des Vertrages, AcP 147
(1941), 89 f.
- Henckel, Wolfram Die Betriebsveräußerung im Konkurs,
ZIP 1980, 2 f.
- Henrich, Dieter Vorvertrag, Optionsvertrag, Vor-
rechtsvertrag. Eine dogmatisch-
systematische Untersuchung der
vertraglichen Bindungen vor und zu
einem Vertragsschluß, Berlin,
Tübingen 1965
- Hippel, Fritz von Formalismus und Rechtsdogmatik,
dargestellt am Beispiel der Errich-
tung des zeugenlosen Schrifttesta-
ments (eigenhändiges Testament;
testament holographe), Hamburg 1935
- Hofmann, Ruth Abgabenordnung (AO 1977), Handkom-
mentar, 2. Aufl., Bonn 1977
- Isay, Rudolf Das Recht am Unternehmen, Berlin
1910
- Jaeger, Ernst Kommentar zur Konkursordnung.
1. Aufl., Berlin 1902; 8. Aufl..
2. Band, 1. Halbband, §§ 71-206.
Berlin, New York 1973; Bearb.:
Friedrich Weber
(zitiert: Jaeger-Weber, KO, §
Rdn.); 9. Aufl.. seit 1977 im
Erscheinen, Berlin, New York;
Bearb.: Wolfram Henckel
(zitiert: Jaeger-Henckel, KO
§ Rdn.)
- Jansen, Paul FGG, Kommentar, Band 2, §§ 35-166,
2. Aufl., Berlin 1970
- Jauernig, Othmar Zivilprozeßrecht, Ein Studienbuch;
21. Aufl., München 1985
- Ihering, Rudolph von Geist des römischen Rechts auf den
verschiedenen Stufen seiner Ent-
wicklung, Zweiter Theil, zweite
Abtheilung, 2. Aufl., Leipzig 1869

- Keidel, Theodor/
Kuntze, Joachim/
Winkler, Karl
Freiwillige Gerichtsbarkeit,
Teil A: Handausgabe des Gesetzes
über die Angelegenheiten der frei-
willigen Gerichtsbarkeit mit Erläu-
terungen, Ausführungs- und Ergän-
zungsvorschriften, 11. Aufl.,
München 1979
- Riesow, Wilhelm
Gesetz über den Vergleich zur
Abwendung des Konkurses (Ver-
gleichsordnung 1927), 4. Aufl.,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- Kipp, Theodor/
Coing, Helmut
Erbrecht, 13. Bearbeitung, Tübingen
1978
- Kleemeyer, Martin
Die Sicherstellung der Vergleichs-
erfüllung durch Dritte im gericht-
lichen Vergleichsverfahren, Diss.
Tübingen 1972
- Kleissler, Ingolf
Konkursrechtliche Probleme des
§ 419 BGB mit besonderer Berück-
sichtigung der Zulässigkeit der
Eröffnung eines Sonderkonkurses
über das übernommene Vermögen,
Diss. Freiburg 1974
- Klien
Nachlaßverwaltung und Nachlaßver-
gleich, JW 1936, 1196 ff.
- Koch, E. F.
Allgemeines Landrecht für die
Preußischen Staaten, Kommentar in
Anmerkungen, 1. Band, 6. Ausgabe,
Berlin 1874
- Koch, Karl
Abgabenordnung AO 1977, 2. Aufl.,
Köln, Berlin, Bonn, München 1979
(zitiert: Bearb. in Koch AO 1977)
- Köbl, Hans
Die Bedeutung der Form im heutigen
Recht. DNotZ 1983. 207 ff.
- Köhler, Helmut
BGB Allgemeiner Teil, Ein Studien-
buch, 19. Aufl., München 1986
- Kretzschmar, Ferdinand
Das Erbrecht des Deutschen Bürger-
lichen Gesetzbuches, 2. Aufl.,
Leipzig 1913
- Künne, Karl
Zweifelsfragen aus dem Vergleichs-
recht. KTS 1971, 235 ff.
- Kuhn, Georg
Die Rechtsprechung des BGH zum
Insolvenzrecht, WM 1979, 742 ff.

- Kuhn, Georg/
Uhlenbruck, Wilhelm Konkursordnung, Kommentar,
10. Aufl., München 1986
- Lange, Heinrich Die Eindämmung von Nichtigkeit und
Anfechtbarkeit, AcP 144 (1938), 149
ff.
- ders. Die Regelung der Erbenhaftung, 3.
Denkschrift des Erbrechtsausschus-
ses der Akademie für Deutsches
Recht. Tübingen 1939
(zitiert: Bearb. in Lange, 3.
Denkschrift, S.)
- ders. Erwerb, Sicherung und Abwicklung
der Erbschaft, 4. Denkschrift des
Erbrechtsausschusses der Akademie
für Deutsches Recht. Tübingen 1940
(zitiert: Bearb. in Lange, 4.
Denkschrift, S.)
- Lange, Heinrich/
Kuchinke, Kurt Lehrbuch des Erbrechts. 2. Aufl.,
München 1978
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Erster
Band. Allgemeiner Teil. 13. Aufl.,
München 1982
(zitiert: Larenz, SAT. § S.)
- ders. Allgemeiner Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts. 6. Aufl.,
München 1983
(zitiert: Larenz, BGB AT. § S.)
- ders. Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft. 5. Aufl., Berlin, Heidel-
berg, New York, Tokyo 1983
- Laue, Werner Der Übernahmevertrag nach § 419
BGB. AcP 146 (1941), 156 ff.
- Leonhard, Franz Die Auslegung der Rechtsgeschäfte.
AcP 120 (1922), 14 ff.
- Lorenz, Werner Das Problem der Aufrechterhaltung
formnichtiger Schuldverträge, AcP
156 (1957), 381 ff.
- ders. Kann der Konkursantrag durch den
Gläubiger nach Ablehnung mangels
Masse (§ 107 I KO) noch zurückge-
nommen werden?, KTS 1963, 237 ff.
- Lübtow, Ulrich von Erbrecht, 2. Halbband, Berlin 1971

- Lüke, Wolfgang Die persönliche Haftung des Konkursverwalters - dargestellt am Beispiel der Haftung gegenüber neuen Massegläubigern -, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Band 52, München 1986
- Mainka, Johannes Der Rückgriffsanspruch des Vergleichsbürgen im Liquidationsvergleich, KTS 1970, 12 ff.
- Medicus, Dieter Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., Heidelberg 1985
(zitiert: Medicus, BGB AT Rdn.)
- Merkel, Hans Der Liquidationstreuhandvertrag, JW 1930, 1342 ff.
- Möhring, Oskar Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 6. Aufl., Heidelberg 1981
- Mohrbutter, Jürgen Die Haftung für Lastenausgleichsabgaben beim Kauf aus der Konkursmasse, DB 1953, 526 ff.
- ders. Zur kontinuierlichen Weiterführung eines Lohnbetriebs im Konkursverfahren, DB 1954, 343
- ders. Zur Fortentwicklung des Rechts der Vergleichsordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10.2. 1877, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Mohrbutter, Jürgen/
Mohrbutter, Harro Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwalter, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1985
(zitiert: Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch, S.)
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich; Band I, Allgemeiner Theil; Band II, Recht der Schuldverhältnisse; Band V, Erbrecht; Berlin und Leipzig 1888
(zitiert: Mot. I. II und V)

- Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch
- Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 2. Aufl., München 1984; Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 2. Aufl., München 1985; Band 6, Erbrecht (§§ 1922-2385), München 1982 (zitiert: Münchener Kommentar-Bearb. § Rdn.)
- Mugdan, B.
- Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899
(zitiert: Mugdan I. S.)
- Nagel, Lothar
- Zur Frage der Heilung der formnichtigen Verträge beim Fehlen gesetzlicher Heilungsvorschriften, Diss. Münster 1957
- Neusser, Helmut
- Probleme des Erbteilkaufes, MittRhNotK 1979, 143 ff.
- Nörr, Knut/
Scheyhing, Robert
- Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 2, Sukzessionen: Zession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, Schuldbeitritt, Tübingen 1983
(zitiert: Nörr-Scheyhing, Sukzessionen. § S.)
- Obermüller, Walter
- Der Gläubigerausschuß im Konkurs und Vergleich, FS für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, S. 101 ff., München 1975
- Palandt
- Bürgerliches Gesetzbuch, 46. Aufl., München 1987
(zitiert: Palandt-Bearb. § Anm.)
- Planck
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, Erbrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1930
(zitiert: Planck-Bearb. § Anm.)
- Pohl, Karl Wilhelm
- Mängel bei der Erbschaftsannahme und -ausschlagung, AcP 177 (1977). 52 ff.
- Preuss, Kurt
- Der Erbschafts Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Erbteilkaufes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Heidelberg 1911

- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Band II, Schuldverhältnisse; Band V, Erbrecht; Berlin 1899
(zitiert: Prot. II bzw. V)
- Reinicke, Dietrich Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Bad Homburg vor der Höhe, Berlin, Zürich 1969
(zitiert: Reinicke, Rechtsfolgen, S.)
- ders. Der Zeitpunkt, zu dem die subjektiven Voraussetzungen der Übernahme eines Vermögens im Sinne des § 419 BGB vorliegen müssen, NJW 1967, 1249 ff.
- RGRK Reichsgerichtsrätekomentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band II, 1. Teil §§ 241-413, 12. Aufl., Berlin, New York 1976; Band V, 2. Teil §§ 2147-2385, 12. Aufl., Berlin, New York 1975
(zitiert: RGRK-Bearb. § Rdn.)
- Riedel, Johannes § 613a BGB und die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter, NJW 1975, 765 ff.
- Rinsche, Franz-Josef Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1986
- Rosenberg, Leo/
Schwab, Karl-Heinz Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981
- Rospatt Zur Vermögensübernahme nach § 419 BGB, JR 1934, 49-54 und 61-64
- Serick, Rolf Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Monographie in 4 Bänden, Band III, Die einfache Sicherungsübertragung, Zweiter Teil, Heidelberg 1970
- Seuffert, Lothar Zur Revision der Konkursordnung bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Band 22 (1896), 475 ff.

- Siber, Horst Haftung für Nachlaßschulden nach geltendem und künftigem Recht, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe XI Nr. 2, Berlin und Leipzig 1937
(zitiert: Siber, Haftung, S.)
- Siebert, Wolfgang Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, Marburg 1933
- Siller Das Vermögen als Kreditunterlage (zu § 419 BGB), Gruchot 71 (1931), 179 ff.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, Erbrecht (§§ 1922-2385) Stand: 15. Juni 1982, 11. Aufl., Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-610), Stand: Juni 1967, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Erster Band, §§ 1-124, 7. Aufl., Köln, Berlin 1956
- Schlüter, Wilfried Durchbrechung des Abstraktionsprinzips über § 139 BGB und Heilung eines formnichtigen Erbteilkaufs durch Erfüllung (BGH NJW 1967. 1128), JuS 1969, 10 ff.
- ders. Erbrecht, Ein Studienbuch, 12. Aufl., München 1986
(zitiert: Schlüter, §)
- Schmidt, Karsten Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unternehmen, ZIP 1980, 328 ff.
- Schmitt, Gottfried v. (Verf.) Erbrecht, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Teil 1 und 2, Berlin, New York 1984
- Schubert, Werner (Hrsg.)
- Schmitt, Heidi Übergang der Arbeitsverhältnisse und Haftung des Betriebserwerbers gem. § 613a BGB bei Betriebsveräußerung durch einen Konkursverwalter. BB 1978. 1724 ff.

- Schollen, Werner Die Mitwirkung des Notars bei der Bildung des rechtsgeschäftlichen Willens, 18. Deutscher Notartag Köln 1969, Sonderheft der DNotZ, München 1969, 51 ff.
- Schricker, Gerhard Probleme der Haftung aus Vermögensübernahme (§ 419 BGB), JZ 1970, 265 ff.
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1d, §§ 328-432, 10./11. Aufl., Berlin 1978; 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-327, 12. Aufl., Berlin 1978; 5. Buch, Erbrecht, §§ 2229-2246; BeurkG; §§ 2265-2385, 12. Aufl., Berlin 1983; Erbrecht, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1954; Erbrecht, 2. Teil, 10./11. Aufl., Berlin 1960 (zitiert: Staudinger-Bearb., Aufl., § Rdn,)
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., Tübingen 1983
- Strohal, Emil Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Band, 3. Aufl., Berlin 1903; 2. Band, 2. Aufl., Berlin 1904
- Thomas, Heinz/
Putzo, Hans ZPO, 14. Aufl., München 1986
- Tuhr, Andreas von Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Berlin 1914
- Uhlenbruck, Wilhelm Zur Anwendbarkeit des § 613a BGB bei Betriebsveräußerung durch den Konkurs- oder Vergleichsverwalter, KTS 1974, 1 ff.
- ders. Gefahren des gerichtlichen Liquidationsvergleichs, GmbH-Rdsch 1976, 189 ff.
- ders. Die GmbH & Co KG in Krise, Konkurs und Vergleich, Köln 1977
- Völker, Alexander Die Stellung des Vergleichsverwalters und die Rechtsnatur seines Amtes, Diss. Tübingen, 1972

- Vogel, Hans Dieter Die Rechtsstellung des Treuhänders bei der Durchführung des Treuhandliquidationsvergleichs zur Abwendung des Konkurses, Diss. Tübingen, 1961
- Vogels, Werner Kommentar zur Vergleichsordnung, 1. Aufl., Berlin 1935
- ders. Die Auswirkungen der Vergleichsordnung vom 26. Febr. 1935 (RGBl. S. 321), JW 1936, 4 ff.
- Vogels, Werner/
Nölte, Arthur Kommentar zur Vergleichsordnung, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt a. M. 1952
(zitiert: Vogels/Nölte, VglO, 3. Aufl., § Anm.)
- Wacke, Andreas Der Schutzzweck des Beurkundungszwangs bei Grundstückskaufverträgen, JZ 1971, 684 ff.
- Wagner, Herbert Zum Schutzzweck des Beurkundungszwangs gem. § 313 BGB, AcP 172 (1972), 452 ff.
- Wengler, Wilhelm Urteilsanmerkung zu BGH NJW 1969, 1970 = BGH, Urteil vom 4.7.1969 V ZR 69/66; NJW 1969, 2237 ff.
- Westerhoff, Rudolf Wie begründen wir Formnichtigkeit?, AcP 184 (1984), 341 ff
- Wild, Gerd-Rüdiger Versagung der Ernennung des gewählten Konkursverwalters durch das Konkursgericht gem. § 80 KO, KTS 1982, 63 ff
- Winkler, Karl Die Formbedürftigkeit von Kaufanwärtterverträgen über Grundstücke und Eigentumswohnungen, NJW 1971, 401 ff.
- Wolf, Ernst Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1982

Wolf, Manfred

Käuferschutz durch notarielle
Beurkundung von Grundstückskaufan-
wörterverträgen, JZ 1971, 80 ff.

Zarnekow, Werner

Der Erbschafts Kauf, MittRhNotK
1969, 620 ff.

Zweigert, Konrad/
Kötz, Hein

Einführung in die Rechtsverglei-
chung auf dem Gebiete des Privat-
rechts, Band II: Institutionen, 2.
Aufl., Tübingen 1984

Der Begriff der Erbschaft in den §§ 2371 ff. BGB ¹

EINLEITUNG:

In den §§ 2371-2385 hat der Gesetzgeber den Erbschaftsverkauf geregelt.

Nach den fast wörtlich übereinstimmenden Definitionen der einschlägigen Kommentierungen und des übrigen Schrifttums ist der Erbschaftsverkauf der schuldrechtliche Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft "in Bausch und Bogen" ² verkauft, wobei kennzeichnend sei, daß die Erbschaft als "ganze Erbschaft" ³ oder "als Vermögensbegriff" verkauft wird ⁴.

Werden demgegenüber einzelne Nachlaßgegenstände (aufgezählt und) verkauft, soll kein Erbschaftsverkauf vorliegen, selbst wenn im Ergebnis sämtliche Nachlaßgegenstände an denselben Käufer zugleich oder nacheinander verkauft werden ⁵.

Dagegen scheint die Rechtsprechung eine weitergehende Interpretation des Erbschaftsbegriffes in den §§ 2371 ff. vorzunehmen. Danach kann auch ein einzelner Nachlaßgegenstand Kaufobjekt des Erbschaftsverkaufs sein, wenn dieser Gegenstand die ganze Erbschaft oder nahezu die ganze Erbschaft

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des BGB

² So: Erman-Schlüter, Vorbemerkung vor § 2371 Rdn. 2; Lange-Kuchinke, § 47 I 2c, S. 803; Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 210

³ Erman-Schlüter, a. a. O., Fn. 2); Lange-Kuchinke, § 47 I 2d, S. 803; Palandt-Edenhofer, Überblick vor § 2371, Anm. 1a; Staudinger-Ferid-Cieslar, Einleitung zu § 2371 Rdn. 33; Kipp-Coing, § 111 I 1, S. 613; Cosack-Mitters, § 168 I, S. 443; Kretzschmar, § 98 III, S. 724; Endemann, ErbR III 1, § 83, S. 365; Haegeler, BWNZ, 1971, 129; Neusser, MittRhNotK 1979, 143

⁴ Planck-Greif, vor § 2371 Anm. 3b; RGRK-Kregel, § 2371 Rdn. 5; Zarnekow, MittRhNotK 1969, 620

⁵ Staudinger-Ferid-Cieslar, Einl. zu § 2371 Rdn. 136; Lange-Kuchinke, a. a. O., Fn. 3)

des Verkäufers ausmacht und der Käufer dies weiß, er zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt ⁶.

Zur Begründung verweist der Bundesgerichtshof auf § 2382, der die Haftung des Erbschaftskäufers gegenüber den Nachlaßgläubigern regelt, und das Wertungsmodell des § 419.

Ebenso wie eine Vermögensübernahme im Sinne des § 419 einen einzelnen Gegenstand erfassen und die Haftung nach dieser Vorschrift auslösen könne, ist auch im Rahmen des § 2382 nach Auffassung des Bundesgerichtshofs eine Haftung dann möglich, wenn die gekaufte Erbschaft aus einem einzelnen Gegenstand besteht. Dabei sei aber Voraussetzung, daß der einzelne Gegenstand die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmache und der Erwerber dies wisse bzw. die hierfür maßgeblichen Umstände kenne.

Maßgebend für die Annahme des Bundesgerichtshofs, daß auch ein einzelner Nachlaßgegenstand unter bestimmten Voraussetzungen Kaufobjekt des Erbschaftskaufs sein könne, war also der spezielle Schutzzweck des § 2382 in Verbindung mit dem Wertungsmodell des § 419.

Der Begriff der Erbschaft, der in § 2382 nicht ausdrücklich genannt, aber vorausgesetzt wird, wird jedoch noch in den §§ 2371, 2374, 2376 II, 2381, 2383, 2384 und 2385 verwendet. Diese Vorschriften haben - mit Ausnahme des § 2383, der zusammen mit § 2382 die Haftung des Käufers gegenüber den Nachlaßgläubigern regelt - andere Regelungsgegenstände und -zwecke, auf die die haftungsrechtlichen Überlegungen des Bundesgerichts-

⁶RGZ 171, 185, 191 und BGH FamRZ 1965, 267 ff. = DNotZ 1965, 694 ff. = NJW 1965, 862 (nur LS)

hofs daher von vornherein nicht zuzutreffen scheinen.

Dies legt eine grundsätzliche Überprüfung der Frage nahe, ob der Begriff der Erbschaft in Abhängigkeit von seinem jeweiligen Normzweck eine verschiedene Bedeutung hat oder ob ein einheitlicher Bedeutungsinhalt zugrunde zu legen ist.

Im ersten Abschnitt dieser Arbeit wird daher der Begriff der Erbschaft in § 2371 untersucht.

Gegenstand des zweiten Abschnitts sind die §§ 2374, 2376, 2379 und 2381.

Im dritten Abschnitt soll der Erbschaftsbegriff in den §§ 2382, 2383 ermittelt werden.

Im vierten Abschnitt wird dieser Frage für die §§ 2384, 2385 nachgegangen werden.

ERSTER ABSCHNITT: Der Erbschaftsbegriff in § 2371

Nach § 2371 bedarf ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, der notariellen Beurkundung.

Für die Auslegung des in dieser Vorschrift verwendeten Erbschaftsbegriffs ist zunächst der Wortsinn des Begriffs "Erbschaft" zu ermitteln, also die Bedeutung dieses Ausdrucks im allgemeinen Sprachgebrauch oder, falls ein solcher feststellbar ist, im besonderen Sprachgebrauch des Gesetzes ⁷.

A. Die Auslegung des Begriffs "Erbschaft" nach dem Wortsinn

Der Begriff der Erbschaft ist in § 1922 I definiert. Danach ist "Erbschaft" das "auf den Erben als ganzes übergehende Vermögen des Erblassers". Was unter "als ganzes übergehendes Vermögen" zu verstehen ist, ob hiermit nur ein Vermögensbegriff, also ein Konglomerat von Sachen und Rechten, oder auch ein Einzelgegenstand erfaßt wird, ist dem Wortlaut des § 1922 I nicht zu entnehmen. Der Begriff des Vermögens wird in dieser Vorschrift nicht weiter erläutert. Auch in anderen Vorschriften des BGB findet sich eine derartige Erläuterung nicht.

Im allgemeinen Sprachgebrauch kann ein feststehender Bedeutungsinhalt ebenfalls weder für den Begriff der Erbschaft noch für den des Vermögens festgestellt werden. Danach wird sowohl die Summe von Rechten, Forderungen und Sachen als "die Erbschaft" oder "das Vermögen" angesehen wie auch als "das Vermögen" oder "die Erbschaft" durchaus ein Einzelgegenstand, etwa ein wertvolles Grundstück, bezeichnet wird.

⁷Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 305, 306

Die Ermittlung des Wortsinns führt also nur insoweit weiter, als an die Stelle des auslegungsbedürftigen Begriffs "Erbschaft" der ebenfalls auslegungsbedürftige Begriff "Vermögen" getreten ist.

B. Die Auslegung des Begriffs "Erbschaft" in § 2371 aufgrund des Regelungszusammenhangs

Welche der Bedeutungsvarianten, die einem Ausdruck nach dem Sprachgebrauch zukommen können, jeweils in Betracht kommt, ergibt sich häufig aus dem Zusammenhang, in dem er gebraucht wird ⁶.

Fraglich ist daher, ob der in § 2371 verwendete Erbschaftsbegriff im Kontext dieser Vorschrift mit den anderen Vorschriften des Erbschaftskaufs näher bestimmt werden kann.

Nähere Aufschlüsse versprechen insoweit insbesondere die §§ 2374 und 2376 II. In beiden Vorschriften, die jeweils das Innenverhältnis zwischen dem Verkäufer und Käufer einer Erbschaft betreffen, wird nämlich der Begriff der Erbschaft in Abgrenzung zum Begriff des "Erbschaftsgegenstandes" verwendet. Dies wird besonders deutlich in § 2376 II, wo es heißt: "Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache hat der Verkäufer nicht zu vertreten". Dies könnte dafür sprechen, daß "Erbschaft" als Ober- und Inbegriff von Erbschaftsgegenständen gemeint ist.

Für die Beantwortung der hier im Vordergrund stehenden Frage erlaubt jedoch auch der Zusammenhang zwischen den §§ 2371 und 2374 bzw. 2376 II keine sicheren oder gar zwingenden Schlußfolgerungen: Selbst wenn man eine sachliche Übereinstimmung zwischen diesen Gesetzesbestimmungen insoweit annehmen wollte, als alle drei Vorschriften den Begriff "Erbschaft" jeweils in Abgrenzung zu

⁶Larenz, Methodenlehre, S. 310

einzelnen Erbschaftsgegenständen verstehen - was naheliegt -, würde damit die Frage nicht beantwortet, ob dies auch dann gilt, wenn ein Gegenstand die gesamte Erbschaft ausmacht.

Diese Frage kann für jede der einzelnen Normen zuverlässig nur nach Ermittlung des jeweiligen Regelungszweckes beantwortet werden.

C. Schutzzweck der Form

Abweichend vom Grundsatz der Formfreiheit⁹, wie er etwa auch für den Kauf i. S. des § 433 gilt, bedarf ein Vertrag, durch den der Erbe eine ihm angefallene Erbschaft verkauft, der notariellen Beurkundung.

Fraglich ist, welchen Grund diese Abweichung vom Prinzip der Formfreiheit hat, welcher Zweck mit dem Formzwang verfolgt wird.

Die Zwecke, die mit Formvorschriften verfolgt werden, sind vielfältig. Heldrich, der sich in seiner Abhandlung über "Die Form des Vertrages" um eine vollständige Zusammenstellung möglicher Formzwecke bemüht hat, unterscheidet immerhin acht verschiedene Zwecke, nämlich - stichwortartig - Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit, Beweissicherung, Übereilungsschutz, Erkennbarkeit für Dritte, fachmännische Beratung, Überwachung i. S. des Gemeinschaftsinteresses, Erschwerung des Ver-

⁹Vgl. hierzu nur Larenz, Schuldrecht AT, § 5 I, S. 65 m. w. N. und Heldrich, AcP 147 (1941), 89, 90

tragsschlusses im Interesse der Gemeinschaft ¹⁰. Häsemeyer vertritt gar die Auffassung, daß Formzwecke "in theoretisch nahezu unbegrenzter Zahl und mit vielfältigen Nuancierungen denkbar" seien ¹¹. Er hält daher die Frage nach dem Zweck der Form für sekundär ¹² und meint, wichtiger sei zu fragen und festzustellen, wessen Interesse der Formzwang diene, wobei er zwischen Verkehrs-, Partei-, Einzel- und Drittinteresse differenziert ¹³. Dem entgegnet Bernard ¹⁴ mit Recht, daß die Beantwortung der Frage, in wessen Interesse eine Form vorgeschrieben ist, Klarheit über deren mögliche Zwecke voraussetzt.

Auch Häsemeyers Katalog der hauptsächlich mit Formvorschriften verfolgten Zwecke ist fast identisch mit dem Heldrichs. Nach Häsemeyers Auffassung sollen Formvorschriften zur Überlegung anhalten ¹⁵, dem Schutz von Beteiligten dienen ¹⁶, fachkundige Beratung gewährleisten ¹⁷, den Beweis des Rechtsgeschäfts sichern ¹⁸, und Klarheit über bestimmte Rechtsverhältnisse schaffen ¹⁹.

Diese Zwecke sieht auch Larenz als die maßgeblichen an. Nach ihm dienen Formen in erster Linie

¹⁰ Heldrich, a.a.O., Fn. 9), S. 91-93; mehr oder weniger gleichlautende Aufzählungen finden sich bei Coing, Deutscher Notartag 1965, 29, 32; Enneccerus-Nipperdey, § 154 II, S. 954; Flume, BGB AT, § 15 I 1, S. 245; Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 174; Henrich, S. 152 ff.; Ihering, S. 493 ff.; Larenz, BGB AT, § 21 I, S. 397 ff.; Köhler, § 19 III, S. 210, 211; Leonhard, AcP 120 (1922), 124; Lorenz, AcP 156 (1957), 381, 393-395; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 32; von Tuhr, § 63 I, S. 497; E. Wolf, § 7 C I b 2, S. 313 und Westerhoff, AcP 1984, 341 ff., 349

¹¹ Häsemeyer, S. 167

¹² a.a.O. Fn. 11, S. 164 ff., 166

¹³ a.a.O. Fn. 11, S. 167, 182 ff.

¹⁴ Bernard, S. 32

¹⁵ a.a.O. Fn. 13, S. 166, 167, 169

¹⁶ S. 186, 187

¹⁷ S. 169

¹⁸ S. 167

¹⁹ S. 170, 193

der Rechtsklarheit, der Beweissicherung und dem Schutz der Parteien vor Übereilung ²⁰.

Für die Bewantwortung der Frage, welcher oder welche Formzwecke dem § 2371 zugrunde liegen und wessen Interesse diese Formvorschrift dient, könnten erste Aufschlüsse die Materialien zum BGB, insbesondere die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift, geben.

I. Entstehungsgeschichte des § 2371 - Normvorstellung des "historischen Gesetzgebers"

Die Regelung des schuldrechtlichen Erbschaftskaufs bildete in den ersten Entwürfen zum BGB einen Untertitel des Kaufrechts ²¹. Die heutige Stellung als letzter Abschnitt des Erbrechts erhielt sie erst in der Bundesvorlage ²² durch die Redaktionskommission, der die Entscheidung hierzu anheim gegeben war ²³.

§ 488 E I, der "Vorläufer" des heutigen § 2371, sah eine notarielle Form nicht vor. Die seinerzeitige Fassung des ersten Absatzes dieser Vorschrift und die Gründe hierfür wie für die damals beabsichtigte Formfreiheit geben jedoch schon wichtige Anhaltspunkte für das Verständnis der späteren, hiervon abweichenden Fassung des § 2371.

Absatz 1 des § 488 E I lautete: "Ist eine dem Verkäufer angefallene Erbschaft Gegenstand des Kaufes, so werden die Vertragsschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre".

²⁰ Larenz, Schuldrecht AT, S. 66; im gleichen Sinne auch Lange, AcP 144 (1938), 149

²¹ E I §§ 488 ff.: E II §§ 488 ff.

²² §§ 2345 ff.

²³ Prot. II 130; vgl. ferner Siber, Haftung, S. 131 und ausführlich Staudinger-Ferid-Cieslar, Einl. zu § 2371 Rdn. 13 ff., 21 ff. und Planck-Greif, Anm. 1 und 2 vor § 2371

Die Motive ²⁴ führen hierzu aus: "Der Entwurf normiert nach dem Vorgange anderer Gesetzgebungen den obligatorischen Vertrag, dessen Gegenstand die Veräußerung einer Erbschaft bildet, im Obligationenrechte. Allerdings haben die Eigentümlichkeiten dieses Vertrages ihren Grund in dessen Gegenstand (Erbschaft als Vermögensinbegriff, im Gegensatz zum Kaufe einzelner in einem Nachlasse befindlicher Gegenstände) ... Den Gegenstand des Erbschaftskaufes bildet nicht das Erbrecht, sondern der Inbegriff der zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke. Im römischen und gemeinen Rechte ist dieser Gegensatz scharf ausgeprägt: Der Vertrag bezweckt und erzielt keine Übertragung des Erbrechtes. Es wird nicht eine Universalsukzession für den Käufer eröffnet; der Käufer ist vielmehr Singularsukzessor des Verkäufers in die einzelnen zu der Erbschaft gehörenden aktiven Vermögensbestandteile. Es entsteht zwischen Verkäufer und Käufer nur ein obligatorisches Verhältnis, welches sich im besonderen nach dem Inhalt des Vertrages bestimmt, im allgemeinen aber darauf gerichtet ist, daß die Kontrahenten sich verpflichtet sind, einander dasjenige zu gewähren, was sie haben würden, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre."

Für die Unterwerfung des Erbschaftskaufs unter eine Form sahen die Motive keinen Grund: zwar sei für den obligatorischen Vertrag über die Veräußerung des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils hiervon nach § 350 II E I (= § 311) die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben. Ein solcher Vertrag unterscheide sich jedoch nach Umfang und Bedeutung vom Erbschaftskauf und sei weit inhaltsschwerer als dieser, da er zumeist eine antizipierte Erbfolge enthalte. Auch würden die sonstigen praktischen Gründen, die für die

²⁴ Mot. II 352, 353

Formalisierung des auf Übertragung des Vermögens gerichteten Vertrages maßgeblich seien, nicht für den Erbschafts Kauf gelten. Vielmehr würde diese Formalisierung zu einer unnötigen Beengung des Verkehrs führen ²⁵.

Dieser Standpunkt der Motive war wesentlich durch Erfahrungen geprägt, die man mit der besonderen Formvorschrift im ALR (I II § 473) gemacht hatte. Das ALR sah nämlich nur die gerichtliche Beurkundung vor und erschwerte hierdurch den Abschluß formbedürftiger Geschäfte ²⁶. Hinzu kommt, daß die erste Kommission den Erbschafts Kauf "ungeachtet seiner Bedeutung für das Erbrecht und die Ein- und Rückwirkungen der erbrechtlichen Normen auf die Rechtsnormen über den Erbschafts Kauf ... in das Gebiet des Obligationenrechts" verwiesen hatte ²⁷. Damit oblag es auch dem Schuldrechtsredaktor der ersten Kommission und nicht ihrem Erbrechtredaktor Schmitt, die entsprechenden Vorentwürfe mit Motiven als Grundlage für die Beratungen der ersten Kommission zu erstellen ²⁸.

Der Erbrechtredaktor vertrat jedenfalls eine vom Standpunkt der ersten Kommission abweichende Auffassung und befürwortete in seinen Bemerkungen zu § 348 II (= § 350 II E I), die 1886 der ersten Kommission vorgelegt wurden ²⁹, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Erbschafts Kaufs mit folgenden Gründen: "Wird der Erbschafts Kauf und die Bestellung eines Nießbrauchs an einer Erbschaft in den wesentlichen übrigen Beziehungen

²⁵ Mot. II 354

²⁶ Vgl. hierzu näher: Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 229 Fn. 1

²⁷ So: Schmitt, Erbrecht Teil 2, S. 864

²⁸ Vgl. Vorwort zur ersten Lesung des Entwurfs des BGB

²⁹ Vgl. Schubert, Einleitung zu Erbrecht Teil 1, S. XI

unter dem gleichen Gesichtspunkt betrachtet, wie Vermögensübertragung und Bestellung von Vermögensnießbrauch ..., so müßte es auffallen, wenn sich die Gleichstellung auf das Formerfordernis allein nicht erstrecken sollte. Die Modifikationen, welche das Prinzip der Singularsukzession hier und dort erleidet, stehen auf demselben Boden.

... Den Hauptgrund für die Formalisierung des Erbschaftskaufs wird aber immer die Erwägung bilden, daß durch denselben zahlreiche Dritte auf lange Zeit hinaus mittelbar berührt werden und daß für diese nicht minder wie für die Kontrahenten eine zweifellose Fixierung des Zeitpunktes des Kaufabschlusses, von welchem seine Wirkungen auch für sie beginnen, von hohem Interesse ist" ³⁰.

Auch die Kommission für die zweite Lesung des BGB teilte den Standpunkt der Motive nicht, sah im Gegenteil die Formalisierung gerade durch den Standpunkt des Entwurfs als geboten an. Im einzelnen bejahte sie das Erfordernis einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Erbschaftskaufvertrages mit folgenden Erwägungen: "Aus denselben Gründen, aus welchen für einen Vertrag, mit dem jemand sein gegenwärtiges Vermögen, ganz oder zu einem Bruchteile, oder ein Grundstück zu veräußern sich verpflichtet, in den §§ 350, 351 Ausnahmen von dem Grundsatz der Formfreiheit gemacht wurden, sei auch für den Erbschaftskauf eine Ausnahme geboten. Wie in dem Falle des § 351 so handle es sich beim Erbschaftskaufe regelmäßig um einen Gegenstand von besonderem Werte, zumal nicht selten Grundstücke zur Erbschaft gehören; und abgesehen von dem Werte sei, wie in § 350, der Gegenstand insofern ein besonderer als stets ein Komplex von Rechten in Frage stehe. Ein Schutz des Verkäufers vor Übereilung sei hier mindestens

³⁰ Schmitt, a. a. O. Fn. 27, S. 869

ebenso erforderlich. zumal wenn man bedenke, daß Erbschaftskäufe oft von gewerbsmäßigen Käufern zum Zwecke der Spekulation geschlossen werden. ... Auch zur Klarstellung des Rechtsverhältnisses und um dem Käufer den Nachweis seines Rechtes gegenüber Dritten zu erleichtern sei die Form wünschenswert" ³¹. Die zweite Kommission nahm daher den Antrag an. den § 488 E I wie folgt zu fassen: "Ein Vertrag. durch welchen jemand eine ihm angefallene Erbschaft verkauft. bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form" ³².

Entscheidender Gesichtspunkt für die Verfasser des BGB. den Erbschafts Kauf dem Formzwang der notariellen Beurkundung zu unterstellen, war also "der Standpunkt des Entwurfs". wie er in den Motiven wiedergegeben ist. Danach besteht die Eigentümlichkeit des Erbschaftskaufs in dessen Gegenstand. nämlich Erbschaft als Vermögensinbegriff. im Gegensatz zum Kauf einzelner. im Nachlaß befindlicher Gegenstände und dem Willen der Parteien dieses Vertrages. sich einander das zu gewähren. was sie haben würden. wenn nicht der Verkäufer. sondern der Käufer Erbe geworden wäre. Der besondere Wert der zu veräußernden Erbschaft soll die Parallele zum Formzwang beim Grundstückskauf. die Eigentümlichkeit des Kaufgegenstandes als Vermögensinbegriff bzw. "Komplex von Rechten" die Parallele zum Formzwang des § 311 und dessen Schutzzweck "Übereilungsschutz" rechtfertigen. Ob die zweite Kommission. der der Erbrechtredaktor Schmitt der ersten Kommission auf eigenen Wunsch nicht mehr angehörte ³³. dessen Argumente für eine

³¹ Prot. II 114. 115

³² Nach § 56 I BeurkG wurden mit Wirkung vom 1.1.1970 an (§ 71 BeurkG) die Worte "gerichtliche oder" gestrichen: vgl. nur Erman-Schlüter. § 2471 Pdn 1

³³ Vgl. Schubert. a.a.O. Fn. 29. S. XVII

notarielle Beurkundung des Erbschaftskaufvertrages gekannt hat, kann nicht festgestellt werden. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, scheinen die Protokolle jedenfalls andere Akzente insoweit gesetzt zu haben, als sie den Übereilungsschutz des Verkäufers, Schmitt dagegen "die zweifellose Fixierung des Zeitpunktes des Kaufabschlusses" als maßgeblichen Zweck des Formzwanges hervorheben.

II. "Normativer Sinn" der in § 2371 vorgeschriebenen Form

Die Auslegung kann jedoch nicht an den Gesetzesmaterialien zu § 2371, die unter Erbschaft i. S. dieser Vorschrift den Inbegriff von Rechten und Sachen verstehen und hieran den speziellen Schutzzweck der Norm ausrichten, stehen bleiben.

Der "historische Gesetzgeber" hat die Rechtsvorstellungen und Ausdrucksmöglichkeiten seiner Zeit ausgeschöpft. Mit dem Fortgang der Zeit treten aber häufig bestimmte Fragen in ihrer Bedeutung zurück und andere, neuartige hervor ³⁴.

Ziel der Gesetzesauslegung muß daher die Ermittlung des heute maßgeblichen, also normativen Sinns des Gesetzes sein ³⁵, wobei dies allerdings nur unter Berücksichtigung auch der Regelungsabsicht und konkreten Normvorstellungen des "historischen Gesetzgebers" geschehen kann ³⁶.

Eine im obigen Sinne "neuartige Frage" ist auch die, ob ein formbedürftiger Erbschaftskauf auch dann vorliegt, wenn die Erbschaft nicht, wie vom "historischen Gesetzgeber" allein zugrunde gelegt, aus einem Konglomerat von Rechten, Forderungen und Sachen besteht, sondern nur in einem einzelnen Gegenstand. Die Motive grenzen die Erbschaft als Vermögensinbegriff nur von den einzelnen zum

³⁴ So Larenz, Methodenlehre, S. 303; 304

³⁵ Larenz, a. a. O. Fn. 36, S. 304

³⁶ Larenz, a. a. O. Fn. 37, S. 304

Nachlaß gehörenden Gegenständen ab ³⁷. Die besondere Konstellation eines einzelnen Gegenstandes, der die ganze Erbschaft ausmacht, ist demgegenüber, vom "historischen Gesetzgeber" offenkundig gar nicht bedacht worden.

Da die Beantwortung dieser Frage die Regelungsabsichten und konkreten Normvorstellungen des "historischen Gesetzgebers" beachten muß, ist zunächst vor dem Hintergrund dessen Verständnis vom Erbschaftsbegriff in § 2371 eingehender zu klären, welcher Zweck oder welche Zwecke mit dem Formzwang sinnvollerweise wem gegenüber verfolgt werden (hierzu unter 1.). Sodann kann festgestellt werden, ob der rechtspolitische Zweck des § 2371 es auch gebietet, den Verkauf eines einzelnen Gegenstandes, der die gesamte Erbschaft ausmacht, dem Beurkundungszwang zu unterstellen (hierzu unter 2.).

1. Objektive und subjektive Zielrichtung der in § 2371 vorgesehenen Form

Die Protokolle ³⁸ nennen drei objektive Zielrichtungen des Formzwanges: Schutz vor Übereilung, Klarstellung des Rechtsverhältnisses und Beweissicherung. Subjektiv ordnen die Protokolle nur zwei Formfunktionen zu, nämlich dem Veräußerer den Übereilungsschutz, dem Erwerber und dem Veräußerer die Beweissicherung. Unklar ist dabei, ob es sich bei den objektiven Zielrichtungen "Klarstellung" und "Beweissicherung" auch jeweils um eigenständige Formzwecke handelt oder nur Reflexwirkungen des Formzwecks "Übereilungsschutz". Klärungsbefürftig ist ferner, was sich hinter all diesen Formfunktionen als gesetzgeberische Zielvorstellung verbirgt, was also Schutz vor Übereilung,

³⁷ Mot. II 352

³⁸ Prot. II 114, 115

Klarstellung und Beweissicherung überhaupt meinen und in welcher Weise diese Funktionen wem gegen- über auch nach heutigem Verständnis der Norm zugeordnet werden können.

a) Die Formfunktion "Übereilungsschutz"

Fraglich ist zunächst, was der Gesetzgeber mit dem Begriff "Übereilungsschutz" verbindet. Anhaltspunkte hierfür geben die Motive ³⁹, in denen hinsichtlich der Gründe für die Einführung des Formzwangs folgende rechtspolitische Erwägungen genannt werden: "Die Notwendigkeit einer Form ruft bei den Beteiligten eine geschäftsmäßige Stimmung hervor, weckt das juristische Bewußtsein, fordert zur besonnenen Überlegung heraus und gewährleistet die Ernstlichkeit der gefaßten Entschliebung". Diese Gesichtspunkte sind es denn auch, die abgekürzt als Übereilungsschutz bezeichnet werden ⁴⁰.

Die Notwendigkeit, den Verkäufer einer Erbschaft zu besonnener Überlegung und zur Überprüfung der Ernstlichkeit seiner Entschliebung anzuhalten, ergibt sich schon aus den oben zitierten Motiven ⁴¹: Abweichend vom allgemeinen Kaufrecht soll sich danach der Erbschafts Kauf auf einen Vermögensbegriff beziehen und seine Besonderheit darin liegen, daß der Erbschaftsverkäufer sich deshalb zum Verkauf der Vermögensmasse in Bausch und Bogen entschließt, um mit der Erbschaft nichts mehr zu tun zu haben; er will sich insbesondere die Abwicklung der Erbschaft ersparen und dem Käufer, wenn auch nicht erbrechtlich, so doch wirtschaftlich und schuldrechtlich möglichst seine

³⁹ Mot. I 179 ff. = Mugdan I 451 ff.

⁴⁰ Vgl. Lorenz, AcP 156 (1957), 381, 393;

Münchener-Kommentar-Förschler, § 125 Rdn. 3

⁴¹ Vgl. oben unter III 1

eigene Stellung verschaffen ⁴². Er veräußert den Nachlaß, den er häufig nicht genau kennen wird, für einen mehr oder weniger zutreffend geschätzten Gesamtpreis, nimmt dies jedoch in Kauf, weil er die Zeit und Mühe, die eine eigene umständliche Einzelbewertung und Liquidation zumal eines umfangreichen Nachlasses verursachen, sich ersparen will, und dem ungewissen pekuniären Erfolg einer Einzelverwertung "schnelles Geld" vorzieht ⁴³. Schutzgrund der Form für den Erbschaftsverkäufer ist also die schlechte Überschaubarkeit des Vertragsgegenstandes "Erbschaft", soweit er als Sammelbegriff eine nicht übersehbare, unbestimmte Anzahl von Gegenständen, Rechten und Forderungen bezeichnet und das daraus folgende erheblicher wirtschaftlicher Einbußen für den Erben, der "aus Freude über den unentgeltlichen Vermögenszuwachs" ⁴⁴ dazu neigt, unbesonnen und übereilt das von ihm im einzelnen nicht erfaßte Konglomerat von Sachen, Rechten und Forderungen mit möglicherweise großem Wert "unter Wert" aus der Hand zu geben ⁴⁵. Hiervor soll ihn der Formzwang schützen.

⁴² Mot. II 352, 353 und § 488 E I

⁴³ So auch die praktisch gleichlautenden Begründungen im Schrifttum; vgl. nur Dernburg, § 190, S. 536; von Lübtow, S. 1075; Kipp-Coing, § 11 I 1, S. 613; Lange-Kuchinke, S. 803; Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 230

⁴⁴ So plastisch: Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 230

⁴⁵ Vgl. Schlüter, JuS 1969, 10, 15; Bernard, S. 43, Fn. 63 verkürzt die Argumentation Bartholomeycziks und Schlüters unzutreffend, wenn er diesen vorhält, sie sähen als Schutzgrund nur die Gefahren, die sich aus des Erben "Freuden über den unentgeltlichen Vermögenszuwachs ergeben können"; beide haben insoweit nur ein besonders lebensnahes und plastisches Beispiel dafür geben wollen, was den Erben davon abhalten könnte, sich eine genaue Übersicht über den Nachlaß und seinen tatsächlichen Wert zu verschaffen

Bedenken gegen dieses Ergebnis bestehen jedoch insoweit, als subjektiv diese Warnfunktion nach Vorstellung der Protokolle und des Schrifttums nur dem Veräußerer zugute kommen soll. Dies ist verständlich, soweit ihr Leitbild des Erbschaftskäufers der gewerbsmäßige Nachlaßkäufer ist ⁴⁶, der den "glücklichen" und deshalb unvorsichtigen Erben beim Kauf zu übervorteilen sucht. Dieser Käufer bedarf in der Tat nicht des Schutzes durch das Gesetz, vor ihm muß allein der Erbe geschützt werden.

Dieses "Schwarz-Weiß-Bild" ist jedoch nicht die einzig denkbare Konstellation. Ebenso gut vorstellbar ist der nicht gewerbsmäßig handelnde Käufer, dem der Erbe etwa durch Hervorhebung besonders wertvoller und für den Käufer interessanter Teile der Erbschaft den Kauf der Erbschaft als ganzer "schmackhaft" zu machen versteht. Hier wird dem außenstehenden Käufer der Überblick über die Einzelheiten des Nachlaßbestandes meist fehlen. Er geht von den ihn besonders interessierenden Einzelstücken aus und schätzt nach ihnen den Gesamtwert ab, wobei er natürlich in der Regel einen möglichst niedrigen Gesamtpreis bieten wird, um die Gefahr der Verschätzung möglichst gering zu halten. Die aus der Unübersichtlichkeit des Nachlasses als Ganzem folgenden Risiken sind für ihn sogar höher als für den Erben anzusetzen, weil nur dieser einen vollen Einblick in den Nachlaßbestand hat ⁴⁷. Auch der nicht gewerbsmäßig handelnde Käufer ist daher durch den Formzwang vor Übereilung zu schützen.

⁴⁶ So ausdrücklich Prot. II 115 und Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 230

⁴⁷ Auch deshalb ist Siber, Haftung, S. 132, 133 und Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 218 darin beizupflichten, daß Erbschaften für Spekulationskäufe nicht geeignet sind

Mit der Einschaltung des Notars sichert das Gesetz, wie auch sonst mit der Anordnung notarieller Beurkundung, die fachkundige Beratung und Belehrung der Beteiligten ⁴⁸, die von einer rechtskundigen Person auf die Bedeutung des Rechtsgeschäfts hingewiesen werden ⁴⁹ und ihre Entscheidung "nur in vollem Wissen um die Folgen der Rechtsgestaltung treffen" sollen ⁵⁰.

Aufgabe des Notars ist es also in erster Linie, den Parteien die oben dargelegten Gefahren aufzuzeigen, ihnen somit die Gelegenheit zu geben, sich dieser Gefahren bewußt zu werden und ihnen - etwa durch Aufstellung eines genauen Nachlaßverzeichnisses - zu begegnen.

Überdies ist der Notar gem. § 17 I S. 1 BeurkG verpflichtet, die Beteiligten einer Beurkundung "über die rechtliche Tragweite des Geschäfts" zu belehren. Die Beteiligten müssen dabei nicht nur über die allgemeine rechtliche Bedeutung des Geschäfts, sondern auch über die Wirkungen und Folgen vom Notar unterrichtet werden ⁵¹.

Die "Wirkungen und Folgen" des Erbschaftskaufs sind in den §§ 2372 ff. geregelt. Dem Notar obliegt es also auch, diese Vorschriften, ihren Zweck und ihre Bedeutung, den Beteiligten vor Vertragsschluß zu erläutern.

Allerdings handelt es sich bei § 17 BeurkG um eine Sollvorschrift. Unterläßt also der Notar die ihm nach dieser Vorschrift obliegende Belehrung oder nimmt er diese fehlerhaft vor, stellt dies zwar eine Amtspflichtverletzung des Notars dar, für die er ggf. nach § 19 BNotO haftbar gemacht werden

⁴⁸ Vgl. Medicus, BGB AT, Rdn. 614; Palandt-Heinrichs, § 125 Anm. 1a; Münchener-Kommentar-Förschler, § 125 Rdn. 5

⁴⁹ So Schlüter, JuS 1969, 10, 15 für § 2371

⁵⁰ Vgl. Winkler, NJW 1971, 401, 403 I. Sp.; Flume, Deutscher Notartag 1969, 30, 34, 35; Schollen, Deutscher Notartag 1969, 51, 52

⁵¹ Rinsche, Rdn. II, 23 m. w. N.

kann; die Wirksamkeit des von ihm beurkundeten Rechtsgeschäfts bleibt hiervon jedoch unberührt ⁵². Nur wenn die notarielle Form nicht eingehalten ist, die Urkunde also nicht in notarieller Form errichtet ist oder nicht zwingenden Beurkundungserfordernissen entspricht ⁵³, führt dies zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 125.

b) Die Formfunktion "Klarstellung"

Die Protokolle ⁵⁴ halten die in § 2371 vorgeschriebene Form auch wegen der Klarstellung des Rechtsverhältnisses für "wünschenswert".

Mit Klarstellung kann grundsätzlich zweierlei gemeint sein: Abschlußklarheit und Inhaltsklarheit. Beides deckt sich nicht. Während die Abschlußklarheit den Geschäftsabschluß von bloßen Vertragsverhandlungen abgrenzt, schafft die Inhaltsklarheit Gewißheit darüber, was die Parteien vereinbart haben ⁵⁵.

Die Protokolle lassen die objektive Funktion ebenso offen wie die subjektive Zielrichtung. Im folgenden soll daher näher untersucht werden, wem diese Funktion in welcher Weise dienen kann und soll.

aa) Klarstellungsfunktion im Interesse von Veräußerer und Erwerber

Im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien kann die Beurkundung der Inhaltsklarheit dienen und zwar insbesondere auch für den Fall, daß sie von den §§ 2372-2381 abweichende Regelungen treffen

⁵² BGHZ 80, 79 und Palandt-Heinrichs, § 17 BeurkG. Anm. 1

⁵³ Vgl. hierzu §§ 8, 9 und 13 BeurkG

⁵⁴ Prot. II 115

⁵⁵ Vgl. nur Heldrich, AcP 147 (1941), 89, 91 und Köbl, DNotZ 1983, 207, 208

wollen. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um die abdingbaren Auslegungsvorschriften über den Vertragsinhalt zwischen den Parteien des Erbschaftskaufs, die es dem Richter erleichtern sollen, den Vertragsinhalt zu bestimmen ⁵⁶.

Überdies stellt der datierte Vertrag auch im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer der Erbschaft den Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr, des Untergangs, der Verschlechterung und des Abhandenkommens der Nachlaßgegenstände durch Zufall sowie den des Erwerbs der Nutzungen, des Tragenmüssens von Lasten und des Ersatzes von Verwendungen klar, der in allen vorgenannten Fällen der Abschluß des Vertrages ist ⁵⁷.

Unterschiedliche Auffassungen scheinen im Schrifttum jedoch darüber zu herrschen, ob der eben beschriebene Effekt nur wünschenswerte Folge des wegen des Übereilungsschutzes angeordneten Formzwanges oder weiterer, eigenständiger Formzweck ist ⁵⁸. Alle berufen sich insoweit auf die Protokolle ⁵⁹, die eine eindeutige Festlegung jedoch nicht vornehmen.

⁵⁶ Vgl. Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 212; Palandt-Edenhofer, Überbl. vor § 2371 Anm. 1 c; von Lübtow, S. 1080

⁵⁷ Vgl. nur Lange-Kuchinke, § 47 III 3, S. 808; Schlüter, § 57 III 1c

⁵⁸ Letzteres scheinen Lange-Kuchinke, § 47 II 1, S. 805 anzunehmen, wenn sie ausführen: "Sie (die Form des § 2371) will den Verkäufer warnen und den Abschluß und Inhalt des Vertrages festlegen"; auch Schlüter scheint in JuS 1969, 10, 15 diesem Standpunkt zuzuneigen, wenn er ausführt: "Die Verfasser des BGB ... wollten durch die gerichtliche oder notarielle Form dreierlei erreichen ... (2) die Rechtsbeziehungen zwischen Verkäufer und Käufer sollten klargestellt werden"; ferner von Lübtow, S. 1077 und Soergel-Damrau, § 2371 Rdn. 19; dagegen nennt Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 230, als Formzweck allein die Warnfunktion und versteht die Klarstellung nur als willkommene Nebenwirkung der Warnfunktion

⁵⁹ Prot. II 114, 115

Geben also die Gesetzesmaterialien wegen ihrer nicht klaren Formulierungen keinen sicheren Aufschluß über diese gesetzgeberische Wertentscheidung, müssen andere Kriterien gefunden werden, die eine Entscheidung zwischen den unterschiedlichen Auffassungen ermöglichen.

Als ein derartiges Kriterium kommt das Schutzbedürfnis in Betracht. Nur wenn ein solches Bedürfnis nach Klarstellung in notarieller Form bejaht werden kann, ist auch ein entsprechender Formzweck anzunehmen. Dabei soll auch im weiteren zwischen Abschluß- und Inhaltsklarheit unterschieden werden.

(1) Schutzbedürfnis nach Abschlußklarheit

Wie oben dargelegt, knüpft das Gesetz an den Abschluß des Vertrages zwischen Veräußerer und Erwerber zahlreiche Rechtsfolgen auch im Innenverhältnis zwischen diesen beiden. Der ordnungsgemäß beurkundete und damit auch datierte Vertrag ⁶⁰ fixiert den Eintritt dieser Rechtsfolgen eindeutig. Mit dieser Feststellung und der weiteren, daß dies für beide Vertragsparteien von Vorteil ist, kann jedoch nicht zwangsläufig die Schlußfolgerung verbunden werden, daß sie auch ein entsprechendes Schutzbedürfnis haben. Gerade als vertragsschließende Parteien wissen sie am besten, daß und wann sie den Vertrag abgeschlossen haben. Ein Schutzbedürfnis, erst recht dahin, den Vertragsschluß und den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit notarieller Beurkundung zu fixieren, ist also nicht ersichtlich.

⁶⁰ Vgl. § 9 II BeurkG

(2) Schutzbedürfnis nach Inhaltsklarheit

Fraglich ist daher nur, ob das Gesetz im Interesse der Vertragsparteien die notarielle Beurkundung wegen der Inhaltsklarheit angeordnet haben könnte, mit anderen Worten, ob der Gesetzgeber mindestens ebenso wie auf das "ob" des Vertragsabschlusses auch auf das "wie", also die Ausgestaltung des Vertrages mit der Anordnung der notariellen Beurkundung Einfluß nehmen wollte.

Als typisches Beispiel für eine Formvorschrift, bei der dieser Zweck - heute - im Vordergrund steht, wird häufig § 313 angeführt, bei dem ursprünglich - wie bei § 2371 - der Übereilungsschutz als der maßgebliche Schutzzweck angesehen wurde ⁶¹. Dieser Aspekt ist bei der Schutzzweckdiskussion im Rahmen des § 313 mehr und mehr zurückgetreten. Hierfür hat sich auch der in den Materialien zum BGB schon bekannte Schutzzweck einer Unterstützung beider Beteiligten im Hinblick auf die Kompliziertheit der dabei zu berücksichtigenden rechtlichen Gesichtspunkte in den Vordergrund geschoben ⁶².

Gegen eine parallele Entwicklung und Bestimmung dieser Funktion auch für den Erbschafts Kauf sprechen jedoch nachfolgende Gesichtspunkte: Da die Rechtsfolgen des Kaufs sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis in den §§ 2371 ff. geregelt sind, bedarf der Vertrag an sich nur der Angabe des Kaufgegenstandes "Erbschaft" und des Kaufpreises. Er unterscheidet sich insoweit nicht vom rein

⁶¹ Vgl. Bernard, S. 43 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 69-71; Wagner AcP 172 (1972), 452 ff.; Wolff, JZ 1971, 80 ff. und Wacke, JZ 1971, 684 ff.

⁶² So Bernard, S. 44 unter Hinweis auf Mot. II 190 und Prot. II 460 ff., wonach die gerichtliche oder notarielle Form eine erschöpfendere und vollständigere Gestaltung des Vertragsinhalts gewährleisten; vgl. ferner Wengler, NJW 1969, 2237

schuldrechtlichen Kaufvertrag, für den das Gesetz überhaupt keine Form vorsieht. Hier wie dort ist es denn auch in das Belieben der Kaufvertragsparteien gestellt, ob sie eine von den disponiblen gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung treffen wollen. Ebensowenig wie das Gesetz in diesen Fällen den Vertragsparteien eines "normalen" schuldrechtlichen Kaufvertrags "Vertragshilfe" durch Anordnung der notariellen Beurkundung gewährt, ist auch im Falle der inhaltlichen Ausgestaltung des Erbschaftskaufvertrages ein Grund hierfür ersichtlich.

Ebenso kompliziert wie folgeschwer sind dann zwar die Haftungsregelungen im Außenverhältnis zu den Nachlaßgläubigern. Doch handelt es sich bei den §§ 2382, 2383 um zwingende Normen, die eine abweichende Regelung nicht zulassen - jedenfalls nicht mit Wirkung gegenüber den Nachlaßgläubigern (§ 2382 II). Insoweit können sie auch nicht Ziel und Gegenstand einer Vertragsausgestaltung sein. Gerade an diesem Punkte wird aber erneut deutlich, daß es dem Gesetzgeber mit der Einschaltung des Notars und der damit bezweckten fachkundigen Beratung durch den Notar nur darauf ankam, auf das "ob" des Vertragsschlusses Einfluß zu nehmen. Nach alledem ist also auch kein Schutzbedürfnis für eine durch die notarielle Beurkundung zu schaffende Inhaltsklarheit gegeben.

bb) Klarstellungsfunktion im Interesse der Nachlaßgläubiger

Ein schützenswertes Interesse an einer Klarstellung des Rechtsverhältnisses zwischen Verkäufer und Erwerber könnte sich für die Nachlaßgläubiger im Hinblick auf die §§ 2382, 2383 ergeben.

Nach § 2382 haftet der Käufer "von dem Abschlusse des Kaufes an" den Nachlaßgläubigern "unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers".

Nach § 2382 I S. 2 muß der Käufer sogar unbeschränkt haften, soweit der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs unbeschränkt haftete.

Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist also für die Nachlaßgläubiger von großer Bedeutung: Mit dem Vertragsschluß gewinnen sie einen zusätzlichen Schuldner - den Käufer; überdies vermehrt sich die Haftungsgrundlage - die Gläubiger können mit dem Abschluß des Vertrages nicht nur auf die zur Erbschaft gehörenden Nachlaßgegenstände, sondern auch auf das vom Käufer gezahlte Entgelt Zugriff nehmen - der Verkäufer haftet ja weiter; schließlich können sie wegen ihrer Forderungen sogar in das eigene Vermögen des Verkäufers und Käufers vollstrecken, wenn der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbeschränkt haftete. Es kann also nicht zweifelhaft sein, daß die Nachlaßgläubiger ein erhebliches Interesse an einer besonders zuverlässigen Fixierung des für sie so bedeutenden Zeitpunktes des Vertragsschlusses haben und dieses Interesse durch eine ordnungsgemäße notarielle Beurkundung gewahrt wird.

Die weitergehende Frage, ob diese Interessenwahrung auch bezweckt ist, der Gesetzgeber also die notarielle Beurkundung (auch) wegen des Gläubigerinteresses an einer sicheren Fixierung des Vertragsschlusses angeordnet hat, oder die Fixierung nur willkommene Nebenwirkung oder Reflex einer allein im Parteiinteresse angeordneten Form ist, wird im Schrifttum kontrovers beantwortet ⁶³.

Auch hier beruft sich jede der beiden Auffassungen für die Richtigkeit ihres Standpunktes auf die

⁶³Für einen derartigen Schutzzweck treten Schmitt, Erbrecht, Teil 2, S. 869; Häsemeyer, S. 193, 194; Bernard, S. 46; Lange-Kuchinke, § 47 II 1, S. 805, Fn. 31; Kipp-Coing, § 111 II S. 614; Soergel-Damrau, § 2371 Rdn. 19; Lorenz, AcP 156 (1957), 381, 394 ein; nur eine willkommene Nebenwirkung nehmen Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 230 und ihm folgend Erman-Schlüter, § 2371 Rdn. 2 an.

Gesetzesmaterialien ⁶⁴, die jedoch gerade offen lassen, in welcher Weise die Klarstellung wem dienen soll, und ebenso offen lassen, ob die Klarstellung als eigenständiger Schutzzweck der Form oder nur als Nebenwirkung des Schutzzweckes "Übereilungsschutz" gedacht ist.

Auch hier kann daher diese Frage letztlich nur nach dem Sinn des Formzwangs beantwortet werden, wobei diese Prüfung unabhängig von anderen Formzwecken erfolgen muß.

"Sinnvoll" wäre der Formzwang für die Nachlaßgläubiger nur dann, wenn sie durch ihn auch tatsächlich geschützt würden. Ausgangspunkt für die Beantwortung der dahingehenden Frage muß auch hier § 2382 sein.

Setzt diese Vorschrift einen notariell wirksam beurkundeten Erbschaftskaufvertrag voraus, ist dies erfolgt und hat der Erbe den Nachlaß auf den Käufer übertragen, ist der tatsächliche Schutz der Nachlaßgläubiger evident. In diesem Fall treten alle die positiven Folgen ein, die schon oben näher dargestellt worden sind.

Setzt diese Vorschrift einen notariell wirksam beurkundeten Erbschaftskaufvertrag voraus, ist diese Beurkundung jedoch unterblieben oder nicht wirksam, sind die Nachlaßgegenstände aber dennoch auf den Erwerber übertragen worden, entfallen die günstigen Haftungsregelungen der §§ 2382, 2383. Die Nachlaßgläubiger haben in diesem Falle nur die Möglichkeit, die Kondiktionsansprüche des Erben gegen den Erwerber pfänden und sich überweisen zu lassen. Selbst diese Möglichkeit entfällt aber wegen § 814 dann, wenn der Erbe in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit die Übertragung der Nachlaßgegenstände vorgenommen hat.

Vernachlässigt werden kann die denkbare dritte Variante, daß § 2382 keinen notariell beurkundeten

Vertrag voraussetzt. In diesem Fall wäre eine dennoch vorgenommene notarielle Beurkundung und der aus ihr folgende Vorteil einer zeitlichen Fixierung des Vertragsschlusses aus Sicht der Nachlaßgläubiger ohnehin nur akzidentiell, nicht aber Folge eines entsprechenden Schutzzwecks ⁶⁵.

Vergleicht man nun die beiden erstgenannten Alternativen, ist der äußere Ablauf aus Sicht der Nachlaßgläubiger derselbe: Erbe und Erwerber einigen sich über die Veräußerung des gesamten Nachlasses, dessen einzelne Gegenstände, Rechte und Forderungen ursprünglich ihre Haftungsgrundlage für ihre Forderungen gegenüber dem Erblasser waren. Der Erbe entäußert sich der zum Erbe gehörenden Sachen und Rechte; neuer Eigentümer bzw. Rechtsinhaber wird der Erwerber.

Haften muß der Erwerber jedoch nur dann, wenn der zwischen ihm und dem Veräußerer geschlossene Vertrag auch ordnungsgemäß notariell beurkundet worden ist (1. Alternative). Andernfalls würden den Nachlaßgläubigern nur höchst unsichere Kondiktionsansprüche, bei Veräußerung in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit nicht einmal diese gegen den

⁶⁵ Nach herrschender Auffassung setzt § 2382 den wirksam beurkundeten Vertrag voraus: vgl. Strohal, § 92, S. 367; Eccius, Gruchot 43 (1898), 808; Schlüter, JuS 1969, 10, 16; Habscheid, FamRZ 1968, 13, 14 re.Sp.; Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 124; Schlüter, § 57 IV 3b; Soergel-Damrau, § 2382 Rdn. 2; Staudinger-Ferid, 10./11. Auflage, § 2371 Rdn. 30; RGZ 60, 126, 131; BGH NJW 1967, 1128, 1131; a. A. Nagel, S. 85 unter Berufung auf die Parallele zu § 419; der herrschenden Meinung ist zuzustimmen; entgegen Nagel ist die Interessenlage beim Erbschafts Kauf schon deshalb nicht der des § 419 zugrundeliegenden gleichzustellen, weil der Käufer bei unbeschränkter Haftung des Verkäufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ebenfalls unbeschränkt haften muß, der Vermögensübernehmer dagegen die Haftung immer auf das Übernommene beschränken kann

Erwerber zustehen. Die Haftungsgrundlage wäre somit also endgültig verloren.

Der Formzwang schützt also nicht die Nachlaßgläubiger, sondern die Parteien des Kaufvertrages, insbesondere den Erwerber.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses zeigt sich auch an folgender Überlegung: Dem Interesse der Nachlaßgläubiger an einer Beurkundung ist immer dann Genüge getan, wenn sie mit ebensolcher Sicherheit, wie sie die ordnungsgemäße notarielle Beurkundung bietet, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nachweisen können. Dies wäre im Extremfall auch dann zu bejahen, wenn bei einer Beurkundung durch einen Notar zwar die Sollvorschrift des § 9 II BeurkG beachtet worden wäre, der Tag des Vertragsabschlusses also in der Urkunde festgehalten wäre, die Verlesung der Niederschrift, ein nach § 13 I 1 BeurkG zwingendes Wirksamkeitserfordernis, aber unterblieben wäre. Wenn das Gesetz in diesem Falle unabhängig von der Interessenwahrung der Nachlaßgläubiger die Nichtigkeit des gesamten Vertrages in § 125 anordnet, kann dies nur damit erklärt werden, daß es nicht ihrem Schutz, sondern der Warnfunktion im Parteiinteresse den Vorrang einräumt ⁶⁶. Mit Bartholomeyczik ⁶⁷ ist also auch im Falle der Nachlaßgläubiger nur von einer willkommenen Nebenwirkung, nicht aber von einem eigenständigen Schutzzweck "Klarstellung" auszugehen.

⁶⁶ So auch allgemein für die Nachrangigkeit der Klarstellungs- und Beweisfunktion der Form: Zweigert-Kötz, Bd. 2, S. 61; ähnlich argumentiert Heldrich, AcP 147 (1941), 89, 91, 92 gegen die Klarstellungsfunktion im Drittinteresse bei § 566

⁶⁷ 5. Denkschrift, S. 230

c) Die Formfunktion "Beweissicherung"

Der Kauf einer Erbschaft hat für den Käufer nicht nur die negative Folge der Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern. Zum Nachlaß können vielmehr auch Forderungen des Erblassers gegenüber Dritten gehören, an deren schneller Beitreibung der Käufer ein erhebliches Interesse hat. Grundsätzlich wird ihm daran gelegen sein, nach außen hin möglichst eindeutig dokumentieren zu können, daß ihm und nicht dem Verkäufer oder anderen, die sich eigener Rechte am Nachlaß berühmen, die verkaufte Erbschaft zusteht.

Nach übereinstimmender Auffassung im Schrifttum soll daher die notarielle Beurkundung dem Käufer den Nachweis seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten, vor allem auch gegenüber den Nachlaßschuldnern, erleichtern ⁶⁸.

Fräglich ist auch insoweit, ob mit der Form der notariellen Beurkundung ein entsprechender Schutz des Käufers bezweckt wird oder die Beweiserleichterung lediglich willkommene Nebenwirkung des allein wegen des Übereilungsschutzes angeordneten Formzwangs ist.

Wie bei der Klarstellungsfunktion hängt die Beantwortung dieser Frage zunächst davon ab, ob überhaupt ein Schutzbedürfnis des Käufers festgestellt werden kann. Dies wäre dann zu verneinen, wenn das Gesetz für eine derartige Legitimation schon andere, speziellere Möglichkeiten vorgesehen hätte, wobei in diesem Zusammenhang an den Erbschein zu denken wäre.

⁶⁸ So schon Prot. II 115; vgl. ferner Schlüter, § 57 IV 1 b; Erman-Schlüter, § 2371 Rdn. 2; von Lübtow, S. 1077; Soergel-Damrau, § 2371, Rdn. 19; Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 230

aa) Legitimationsmöglichkeit durch Erbschein

Nach § 2353 hat das Nachlaßgericht dem Erben "auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht ... zu erteilen (Erbschein)". Ob der Käufer einer Erbschaft als ganzer ein Antragsrecht auf Erteilung eines ihn als Erben ausweisenden Erbscheins hat, hängt davon ab, ob er mit dem Kauf der Erbschaft auch erbrechtlich in die Stellung des Verkäufers rückt, also selbst Erbe wird.

Dies ist jedoch zu verneinen.

Wie bereits oben ⁶⁹ näher dargelegt worden ist, sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Käufer einer Erbschaft als ganzer zwar schuldrechtlich und wirtschaftlich weitestmöglich an die Stelle des Erben treten, der Erbe aber seine Stellung als Erbe weiter behalten. Der Grund hierfür liegt darin, daß der Erbe seine Erbenstellung durch familienrechtliche Bande oder durch letztwillige Verfügung unentgeltlich erwirbt ⁷⁰. Dementsprechend ist es auch unstrittig, daß der Käufer einer Erbschaft als ganzer kein Antragsrecht auf Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Erben ausweist, hat ⁷¹.

⁶⁹ Unter C I

⁷⁰ Vgl. nur Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 212, 213; Zarnekow, MittRhNotK 1969, 620; Planck-Ebbecke, § 2033 Anm. 3 m.w.N. und Staudinger-Ferid-Cieslar, Einl. zu § 2371 Rdn. 29

⁷¹ Vgl. Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 289; Schlüter, § 57 IV 1b; Kretzschmar, § 98 II 1, S. 723; Staudinger-Ferid-Cieslar, Einl. zu § 2371 Rdn. 69; eine andere umstrittene Frage ist die, ob der Erbschaftskäufer Anspruch auf Erteilung eines den Erben ausweisenden Erbscheins hat; vgl. hierzu Münchener-Kommentar-Promberger, § 2353 Rdn. 114 m.w.N. für die unterschiedlichen Auffassungen in Fn. 302

bb) Schutzbedürfnis für Nachweis in Form notarieller
Beurkundung

Stehen dem Käufer einer Erbschaft somit andere Legitimationsmöglichkeiten als der Kaufvertrag selbst und etwaige andere Urkunden, die seine Vollziehung dokumentieren, nicht zur Verfügung, ist ein Schutzbedürfnis nach einem notariell beurkundeten Vertrag zum Nachweis des Kaufes gegenüber Dritten nicht ersichtlich. Diese Funktion könnte vielmehr auch ein privatschriftlicher Vertrag gewährleisten.

Auch die Beweiserleichterung aufgrund der notariellen Vertragsurkunde ist daher nur willkommene Nebenwirkung, nicht aber eigenständiger Schutzzweck der Form.

2. Beurkundungserfordernis für Verträge, mit denen
nicht die Erbschaft als solche, aber die ganze
Erbschaft verkauft wird

Die Frage, ob der Schutzzweck der Form auch für den Verkauf eines einzelnen Gegenstandes gilt, der den gesamten Nachlaß ausmacht und der Formzwang auch für den Vertrag gelten muß, in dem die Nachlaßgegenstände im einzelnen aufgeführt sind, ist nach diesem Auslegungsergebnis zu verneinen.

Anders als beim Verkauf einer Erbschaft als ganzer fehlt es beim Verkauf eines einzelnen oder auch mehrerer einzelner Gegenstände an der Unübersichtlichkeit des Vertragsgegenstandes und der daraus folgenden Gefahr der Verschätzung sowohl auf seiten des Verkäufers als auch auf seiten des Käufers, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zudem wissen muß, daß der gekaufte Gegenstand die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmacht⁷². Die Gefährlichkeit des Verkaufs eines

⁷²BGH FamRZ 1965, 267, 268

oder mehrerer Einzelgegenstände, der oder die die gesamte Erbschaft ausmachen, resultiert also allein aus der ihr vom Bundesgerichtshof beigelegten Rechtsfolge, nämlich der Haftung aus § 2382. Vor dieser Rechtsfolge soll die notarielle Beurkundung aber auch bei Verkauf einer Erbschaft als ganzer nicht schützen. Auch wenn der Notar hierüber nicht belehrt, muß der Käufer haften, wenn nur der Vertrag als solcher ordnungsgemäß beurkundet worden ist ⁷³.

Schon mangels entsprechenden Schutzgrundes bedarf also der Verkauf eines Einzelstücks oder mehrerer einzelner Gegenstände selbst dann nicht der notariellen Beurkundung, wenn diese die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmachen.

D. Ergebnis zum ersten Abschnitt

Ausschließlicher Schutzzweck der in § 2371 vorgeschriebenen Form ist der Schutz vornehmlich des Verkäufers, aber auch des nicht gewerbsmäßig spekulierenden Käufers, vor Übereilung.

Maßgeblicher Grund hierfür ist die Eigenart des Vertragsgegenstandes als Sammelbegriff nicht erfaßter Nachlaßgegenstände, Rechte und Forderungen und die daraus resultierende Unübersichtlichkeit des Vertragsgegenstandes, die es gleichzeitig erschwert, den Wert des Nachlasses zuverlässig zu ermitteln. Schon deswegen ist es notwendig, mit dem Zwang zur notariellen Beurkundung ein besonders stark ausgeprägtes retardierendes Moment zu schaffen und damit gleichzeitig die fachkundige juristische Beratung der Parteien zu sichern. Aus den verfahrensrechtlichen Vorschriften des Beurkundungsgesetzes, namentlich § 17 BeurkG und seinem Schutzzweck, ergeben sich die Einzelheiten dieser notariellen Belehrungspflichten, zu denen

⁷³Vgl. oben unter C II 1 a

auch und gerade die Aufklärung über die Haftung des Verkäufers und Käufers gehört. Fehler bei dieser Beratungstätigkeit ebenso wie das Unterbleiben der Belehrung und Beratung können nur Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung auslösen, führen aber nicht zur Formnichtigkeit des Vertrages, so daß die Parteien auch dann nach §§ 2382, 2383 haften müssen, wenn die Belehrung fehlerhaft gewesen oder ganz unterblieben ist.

Die notarielle Beurkundung dient gleichzeitig der Klarstellung des Rechtsverhältnisses nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern auch den Nachlaßgläubigern und erleichtert dem Käufer den Nachweis seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten. Dabei handelt es sich jedoch nur um "willkommene" Nebenwirkungen dieser Form, nicht aber um eigenständige, neben dem Übereilungsschutz verfolgte Formzwecke.

Die typischen und erheblichen Gefahren des Verkaufs einer Erbschaft als solcher treten nicht auf, wenn der Nachlaß im einzelnen bekannt und aufgelistet ist, erst recht nicht, wenn der Nachlaß nur aus einem einzigen Gegenstand besteht. Denn daraus, daß die Gegenstände bezeichnet werden, geht der Umfang der eingegangenen Verpflichtung eindeutig hervor. In diesen Fällen ist daher die Form der notariellen Beurkundung nicht notwendig.

ZWEITER ABSCHNITT:Der Begriff der Erbschaft in den §§ 2374, 2376 II, 2379, 2381

Während § 2371 die für den Verkauf einer angefallenen Erbschaft als solcher notwendige Form regelt und die §§ 2372, 2373 den Umfang dessen bestimmen, was der Käufer durch den Kauf erwirbt, regeln die §§ 2374-2376 die Pflichten des Verkäufers und handeln die §§ 2378-2381 von den Pflichten des Käufers gegenüber dem Verkäufer, dem Übergang der Gefahr auf den Käufer und der Verteilung der Nutzungen und Lasten des Kaufgegenstandes zwischen Käufer und Verkäufer.

Schon dies spricht für einen engen systematischen Zusammenhang zwischen § 2371 und den das Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer regelnden Vorschriften, der auch im Wortlaut der §§ 2374, 2379 und 2381 seinen Niederschlag insoweit findet, als in allen vorgenannten Vorschriften auf den Zeitpunkt des Verkaufs der Erbschaft abgestellt wird, und damit auch für dieselbe Begriffsbestimmung des Erbschaftsbegriffes wie in § 2371. Andererseits läßt der Wortlaut der vorgenannten Vorschriften - von § 2376 II einmal abgesehen - keine eindeutige Festlegung auf den Erbschaftsbegriff des § 2371 zu. Es hat sich auch bei dieser Vorschrift gezeigt, daß eine letztlich zuverlässige Begriffsbestimmung nur durch Ermittlung des Normzwecks möglich ist.

A. Der Erbschaftsbegriff in § 2374

In § 2374 ist die Herausgabepflicht des Verkäufers geregelt. Diese soll einmal die zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände, zum anderen aber auch das umfassen, was der Verkäufer vor dem Verkauf aufgrund eines "zur Erbschaft

gehörenden Rechts" oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, "das sich auf die Erbschaft bezog".

Vor dem Hintergrund des auch den Formzwang bestimmenden gesetzlichen Leitbildes des Erbschaftskaufs ist diese Regelung sinnvoll und notwendig: danach zielt der Verkauf einer Erbschaft als solcher darauf ab, dem Käufer so weit wie möglich, wenn schon nicht erbrechtlich, so doch wirtschaftlich und schuldrechtlich die Stellung des Erben zu verschaffen. Weil eine Universalsukzession wie bei der Erbfolge nicht erfolgen soll, kann und soll eine dingliche Übertragung der Erbschaft als ganzer nicht möglich sein, sondern ist die Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände nach den jeweils für sie geltenden Übertragungsregeln erforderlich. Das erklärt die Verpflichtung zur Herausgabe der einzelnen Nachlaßgegenstände ¹.

Auch die mit § 2041 S. 1 ansonsten inhaltsgleiche Herausgabepflicht hinsichtlich der Surrogate ist angesichts der für § 2371 vom Gesetzgeber entwickelten Vorstellung vom Kaufgegenstand "Erbschaft" erklärlich und erforderlich: der Gesetzgeber ging, wie die Untersuchung im ersten Abschnitt gezeigt hat, davon aus, daß die Parteien beim Verkauf einer Erbschaft als solcher einander das zu gewähren haben, was sie haben würden, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre ². Dies würde bedeuten, daß der Verkäufer dem Käufer die Erbschaftsgegenstände so zu übertragen hätte, wie er sie durch den Anfall der Erbschaft erworben hat, was keine Schwierig-

¹ Vgl. Mot. II, S. 353 und 356 zu § 489 E I; RGZ 88, 110, 118; BGH WM 1967, 978, 979 sowie Münchener-Kommentar-Musielak, § 2374 Rdn. 1 und 2

² Vgl. Mot. II, S. 352, 353

eiten bereitet, wenn der Verkauf der Erbschaft unmittelbar nach Erbanfall erfolgt. Wird die Erbschaft als solche nun nicht unmittelbar nach dem Erbfall veräußert, trägt das Gesetz in § 2374 den zu erwartenden Änderungen im Nachlaßbestand seit dem Erbfall dadurch Rechnung, daß der Verkäufer die vorhandenen Nachlaßgegenstände herausgeben muß, und verwirklicht seine Zielvorstellung von der Angleichung der Erbenstellung jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht durch die Verpflichtung des Verkäufers zur Herausgabe der Surrogate ³.

Ist § 2374 also vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Vorstellung vom Verkauf einer Erbschaft als solcher eine sinnvolle und notwendige Regelung, ergibt diese Vorschrift keinen Sinn, wenn Vertragsgegenstand ein einzelner oder mehrere einzelne, genau bezeichnete Gegenstände sind, mögen diese auch die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmachen. In diesen Fällen steht nämlich das, was zu übertragen ist, fest. Dann bedarf es weder einer besonderen gesetzlichen Regelung, daß die Nachlaßgegenstände einzeln zu übertragen sind, noch erst recht einer Verpflichtung zur Herausgabe von Surrogaten. Selbst wenn die Vertragsparteien bei einer solchen Vertragsgestaltung wissen, daß die im Vertrag bezeichneten Gegenstände die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmachen, kann und soll der Vertrag den Verkäufer zu nichts anderem und zu nichts mehr als zur Übertragung der in ihm gekennzeichneten Gegenstände verpflichten. Das tatsächliche und rechtliche Schicksal des Nachlasses in der Zeit zwischen Erbfall und Vertragsschluß, auf das das Surrogatsprinzip in § 2374 abstellt, ist für die Parteien eines solchen Vertrages ohne Bedeutung.

³So auch Planck-Greifff, vor § 2371 Anm. 3b

Mit "Verkauf der Erbschaft" ist in § 2374 also nur der Verkauf einer Erbschaft als solcher gemeint.

B. Der Erbschaftsbegriff in § 2376 II

Nach § 2376 II hat der Verkäufer "Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache" nicht zu vertreten. Nach den Motiven wurde "Erbschaft" vom historischen Gesetzgeber hier nur als Sammelbezeichnung oder Vermögensinbegriff verstanden ⁴.

Auch Sinn und Zweck des Gewährleistungsausschlusses lassen kein anderes Verständnis zu: Liegt ein Kauf "in Bausch und Bogen" vor, wie dies bei Verkauf einer Erbschaft als solcher der Fall ist, haben schon das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 ⁵ und das Preußische Obertribunal ⁶ eine Sachmängelhaftung deshalb ausgeschlossen, weil in diesem Fall die Sachen so verkauft werden, wie sie stehen und liegen und der Käufer sie auch so übernimmt ⁷.

Dies ist auch charakteristisch für den Verkauf einer Erbschaft als solcher. Hier weiß der Verkäufer oft nicht einmal, was alles zur Erbschaft gehört. Umfaßt aber die Erbschaft, wie häufig, auch alte Sachen, die mangelhaft sind, muß der Erbe sie gleichwohl übereignen, ohne daß davon ausgegangen werden kann, er kenne sie und ihren Zustand genau. Die damit verbundenen Gefahren nimmt der Käufer auf sich und berücksichtigt sie bei der Preisbemessung ⁸.

Nur wenn eine bestimmte, genau bezeichnete Sache, verkauft wird, kann vom Verkäufer erwartet werden, daß er die Sache besser als der Käufer kennt, der

⁴Vgl. Mot. II, S. 358 zu §§ 492, 493 E I

⁵Vgl. ALR I 11 § 213

⁶PrObTr. 37, 84 ff.

⁷Vgl. Koch, Bd. 1, S. 626 in Fn. 55 zu

PrObTr. 37, 84

⁸So auch Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 240

sie vor dem Kauf zumeist nur flüchtig untersuchen kann. Hier ist daher eine Sachmängelgewährleistungspflicht des Verkäufers gerechtfertigt und geboten ⁹. Auch in § 2376 II kann daher unter dem Begriff der "Erbschaft" nur die Erbschaft als solche verstanden werden.

C. Der Erbschaftsbegriff in § 2379

Die in § 2379 geregelte Verteilung der Nutzungen und Lasten hängt mit dem Übergang der Gefahr zusammen, der in § 2380 abweichend von § 446 I besonders geregelt ist.

Nach § 446 I geht beim Kauf die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über, dem zu diesem Zeitpunkt auch die Nutzungen gebühren und der von diesem Zeitpunkt an die Lasten zu tragen hat.

Dieser Zeitpunkt ist in § 2380 auf den Abschluß des Kaufvertrages vorverlegt. Hiervon macht wiederum § 2379 S. 3 insoweit eine Ausnahme, als der Käufer auch schon für die Zeit vor Vertragsschluß "die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind", zu tragen hat ¹⁰.

Der Grund für diese Vorverlegung des Gefahrübergangs auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses läßt sich wiederum nur mit der Natur des Vertragsgegenstandes als Vermögensgesamtheit im Gegensatz zum bestimmten Kaufgegenstand, auf den die §§ 433 i. V. m. 446 I abstellen, erklären: Bei einer Vermö-

⁹ So auch Bartholomeyczik, a. a. O., Fn. 8

¹⁰ Vgl. zu diesem systematischen Zusammenhang Münchener-Kommentar-Musielak, § 2379 Rdn. 1 und § 2380 Rdn. 1 und 3 sowie Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 242-244

gensgesamtheit erfolgt die Erfüllung nicht durch einen einheitlichen Akt, sondern durch die Übertragung der einzelnen Gegenstände, die sich oft erst zu verschiedenen Zeitpunkten vollzieht. Überdies wird auch der Kaufpreis einheitlich festgesetzt, ohne daß ein Anteil für einzelne Vermögensgegenstände berechnet wird. Daher ist es sachgerecht und geboten, für den Gefahrübergang und die Verteilung der Nutzungen auf den Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsschlusses abzustellen ¹¹.

Setzt § 2380 somit den Kauf der Erbschaft als Vermögensgesamtheit voraus, kann für § 2379 wegen des engen Zusammenhangs beider Vorschriften nichts anderes gelten.

Dieses Ergebnis wird durch folgende Erwägung gestützt: Zu den von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben zählen Rechtsprechung und Schrifttum vor allem die Erbschaftsteuer ¹². Erbschaftsteuerpflichtig ist nach dem Erbschaftsteuergesetz grundsätzlich nur der Erwerber von Todes wegen (§ 3 ErbStG), insbesondere also der Erbe selbst (§ 3 I Nr. 1 ErbStG). Soll nun, wie beim beurkundungspflichtigen Erbschafts Kauf i. S. d. § 2371, der Erwerber durch den Kauf der Erbschaft als solcher soweit als möglich jedenfalls wirtschaftlich die Stelle des Erben einnehmen, ist es nur folgerichtig, wenn er auch dessen wirtschaftliche Pflichten mitübernimmt und daher auch die Steuer zu zahlen hat.

Dieselbe Überlegung rechtfertigt es auch, den Erwerber bei einem solchen Kaufvertrag die außer-

¹¹ Vgl. von Lübtow, S. 1084 m. w. N. in Fn. 28; Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 243; Münchener-Kommentar-Musielak, § 2380 Rdn. 1

¹² Vgl. OLG München OLGE 21, 360, 361; Neusser, MittRhNotK 1979, 143, 149 und Münchener-Kommentar-Musielak, § 2379 Rdn. 3

ordentlichen Lasten tragen zu lassen. Diese Teilregelung des § 2379 S. 3 entspricht der des § 2126, wo gleiches für den Nacherben im Verhältnis zum Vorerben bestimmt ist. Den Nacherben trifft diese Verpflichtung, weil ihm der Stammwert der Erbschaft zufallen soll. Deshalb muß er auch die Lasten tragen, soweit sie den Stammwert betreffen. Hierzu zählen vor allem Grundpfandrechte und diverse Steuern ¹³.

Auch bei Verkauf der Erbschaft als solcher soll der Erwerber wirtschaftlicher Erbe werden. Ihn müssen daher auch die daraus entstehenden Lasten treffen. Aufgrund der notwendigen notariellen Belehrung im Falle des Kaufes einer Erbschaft als solcher wird der Notar ihn auf diese Folgen hinweisen müssen. Der Erwerber wird dadurch gewarnt und kann seinen Kaufpreis entsprechend bemessen ¹⁴.

Bei dem Kauf eines einzelnen Gegenstandes, mag er auch die gesamte Erbschaft ausmachen und der Käufer dies auch wissen, soll Kaufgegenstand nur dieser bestimmte Gegenstand sein. Nicht ist vertraglich vereinbart, den Käufer, sei es auch nur wirtschaftlich, Erbe werden zu lassen. Nur in diesem Fall bedarf das allgemeine Kaufrecht aber ergänzender Regelungen aus dem Erbrecht, die die Verwirklichung dieses weitergehenden Vertragszweckes ermöglichen.

¹³ Vgl. hierzu im einzelnen Münchener-Kommentar-Grunsky, § 2126 Rdn. 1 ff.

¹⁴ Zum gleichen Ergebnis gelangt Bartholomeyczik mit der Feststellung, daß die Erbschaftsabgaben, besonders die Erbschaftsteuer und die außerordentlichen Lasten deshalb stets den Käufer treffen, weil sie als unmittelbare Minderung des Aktivnachlasses, nicht als Nachlaßverbindlichkeit angesehen werden; vgl. 5. Denkschrift, S. 243; auch dem liegt die Prämisse zugrunde, daß Kaufgegenstand die Erbschaft als solche ist

Dies spricht ebenfalls dafür, daß in § 2379 mit "Erbschaft" nur die Erbschaft als solche gemeint ist.

D. Der Erbschaftsbegriff in § 2381

§ 2381 regelt den Ersatz von Verwendungen, die der Verkäufer vor dem Verkauf der Erbschaft auf die Erbschaft gemacht hat. Diese Norm stellt gegenüber dem allgemeinen Kaufrecht, insbesondere § 450 gegenüber, eine Sonderregelung dar, die nur daraus erklärlich und zu rechtfertigen ist, daß der Vertrag darauf gerichtet ist, den Käufer schuldrechtlich und wirtschaftlich so zu stellen, als wäre er an Stelle des Verkäufers Erbe geworden ¹⁵. Der weitere, aus der Fassung dieser Vorschrift zu ziehende Schluß, daß der Verkäufer für Verwendungen nach Kaufabschluß und nicht etwa nach Übergabe und damit verbundenem Gefahrübergang Ersatz nach § 450 vom Käufer verlangen kann ¹⁶, läßt sich wiederum nur damit rechtfertigen, daß eine Vermögensgesamtheit verkauft wird, für die ein einheitlicher Übergabezeitpunkt nicht festgelegt werden kann ¹⁷. Auch hier verbietet sich also eine Anwendung dieser Vorschrift auf Verträge, die nur die Verpflichtung zur Übertragung eines oder mehrerer einzeln aufgeführter Gegenstände zum Inhalt haben, mögen diese auch die gesamte Erbschaft ausmachen.

¹⁵ Vgl. schon Prot. II, S. 125; ferner Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 244; Münchener-Kommentar-Musielak, § 2381 Rdn. 1

¹⁶ Vgl. von Lübtow, S. 1084; Lange-Kuchinke, § 47 III 3 b; Erman-Schlüter, § 2381 Rdn. 2

¹⁷ So auch von Lübtow, a. a. O., Fn. 16

E. Zusammenfassung zum zweiten Abschnitt

Den §§ 2373, 2376 II, 2379 und 2381 liegt derselbe Erbschaftsbegriff wie in § 2371 zugrunde. Hierfür spricht schon der systematische Zusammenhang zwischen diesen Vorschriften. Insbesondere ergibt sich dies jedoch aus dem jeweiligen Normzweck. Dieser trägt entweder den Besonderheiten des Verkaufs einer Vermögensmasse in Bausch und Bogen oder/und der Verwirklichung der erbrechtlichen Grundsätze Rechnung, die sich aus der Vereinbarung i. S. d. § 2371 ergeben, den Käufer soweit als möglich schuldrechtlich und wirtschaftlich so zu stellen, als wäre er an Stelle des Verkäufers Erbe geworden.

Erschöpft sich der Vertragsinhalt dagegen nur in der Vereinbarung zur Übertragung eines oder mehrerer einzeln aufgeführter Gegenstände, sind hierfür die Regeln des allgemeinen Kaufrechts einschlägig und ausreichend, selbst wenn der oder die Gegenstände die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmachen.

DRITTER ABSCHNITT:Der Erbschaftsbegriff in den §§ 2382, 2383

§ 2382 I 1 verwendet zwar nicht ausdrücklich den Begriff der Erbschaft, setzt ihn aber nach dem Zusammenhang, in dem diese Vorschrift steht, voraus.

Fraglich ist zunächst, wie der Begriff der Erbschaft hier zu verstehen ist. Mehrere Möglichkeiten kommen insoweit in Betracht.

Zum einen könnte, wie in § 2371, nur der Sammelbegriff für eine nicht näher bestimmte Anzahl von Rechten, Forderungen und Sachen gemeint sein. Zum anderen könnte dieser Begriff auch die Verträge erfassen, in denen der Nachlaß im einzelnen aufgelistet ist.

Schließlich könnten hiervon auch die Verträge erfaßt werden, in denen ein Vermögensinbegriff, wie etwa ein Unternehmen, ein Bauernhof, eine Wohnungseinrichtung oder ein einzelner Gegenstand, wie zum Beispiel ein Grundstück, das den ganzen oder nahezu ganzen Nachlaß ausmacht, Vertragsgegenstand ist.

Eine am Wortlaut beider Vorschriften ansetzende Auslegung wird hier ebenso wenig wie bei § 2371 weiterführen können. Der Begriff der Erbschaft ebenso wie der des Vermögens kann nach speziellem und allgemeinem Sprachgebrauch alle genannten Möglichkeiten umfassen.

Die Gesetzessystematik scheint für die erste Möglichkeit zu sprechen: denn sowohl § 2371 als auch die §§ 2374, 2376 II, 2379 und 2381 setzen den Erbschaftsbegriff im Sinne eines Sammelbegriffs voraus ¹.

¹ Vgl. hierzu die Ergebnisse des ersten und zweiten Abschnitts

Gegen eine Übernahme der dort gewonnenen Ergebnisse auf die §§ 2382, 2383 spricht aber schon, daß die §§ 2371, 2374, 2376 II, 2379 und 2381 entweder in erster Linie (so § 2371) oder ausschließlich (so §§ 2374, 2376 II, 2379 und 2381) nach Wortlaut und Schutzzweck das Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer betreffen, während die §§ 2382, 2383 dagegen Rechtspositionen Dritter, nämlich der Nachlaßgläubiger, festlegen. Damit sind aber unterschiedliche, sogar gegensätzliche Interessen im Spiel:

Während es im Interesse des Verkäufers und erst recht des Erwerbers liegen dürfte, nur unter eng begrenzten Voraussetzungen haften zu müssen, ist es selbstverständliches Interesse der Nachlaßgläubiger, in allen vorgenannten Fällen sich auf die Verwirklichung des Haftungstatbestandes der §§ 2382, 2383 berufen zu können. Die Bestimmung des Erbschaftsbegriffes in diesen Vorschriften kann daher zuverlässig nur anhand des Normzwecks festgestellt werden.

A. Bestimmung des Begriffs der Erbschaft in den §§ 2382, 2383 nach dem Schutzzweck dieser Normen

Nach den §§ 2382, 2383 haften der Käufer und der Verkäufer vom Abschluß des Kaufes an den Nachlaßgläubigern nebeneinander. Diese Haftung können die Kaufvertragsparteien nicht beschränken oder ausschließen (§ 2382 II). Für die Haftung des Käufers gelten zwar grundsätzlich die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben (§ 2383 I 1); der Käufer muß aber unbeschränkt haften, soweit der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs schon unbeschränkt haftete

Dies legt die Frage nach den Gründen nahe, die den Gesetzgeber bewogen haben, diese Haftung anzuordnen (hierzu unter I.)

Die Beantwortung dieser Frage läßt dann schon Schlußfolgerungen für die Bestimmung des Erbschaftsbegriffs in den §§ 2382, 2383 zu (hierzu nachfolgend unter II.). legt gleichzeitig aber auch die Frage nach einem Korrektiv für den Erwerber nahe (hierzu nachfolgend unter III.).

I. Die "historische" Begründung der Haftungsregelung in den §§ 2382, 2383

Die Gesetzesmaterialien lassen keinen Zweifel daran, daß die Haftungsregelung in den §§ 2382, 2383 zum möglichst weitgehenden Schutz der Nachlaßgläubiger normiert worden ist.

1. Die Motive zu den §§ 497, 498 E I

Schon die Motive zu den §§ 497, 498 E I (= §§ 2382, 2383) heben ausdrücklich den Unterschied der Erwerberhaftung des Erbschaftskäufers von der Regelung in § 319 E I (= § 419) hervor und rechtfertigen die unbeschränkbare Haftung des Erbschaftskäufers damit, daß gerade "in den Fällen des Erbschaftskaufes dafür zu sorgen (sei), daß derselbe nicht eine Verkümmern der Rechte der Nachlaßgläubiger zur Folge" habe ². Die Motive stützen sich dabei auf das Preußische ALR ³. Danach mußte die Rechtswohltat des Inventars durch einen Vorbehalt bei der Erbschaftsantrittung erworben werden. Bei Versäumung des Vorbehaltes durch den Verkäufer wurde auch der Käufer der Erbschaft mit der unbeschränkbaren Haftung belastet ⁴.

² Mot. II. S. 362

³ Mot. II. S. 362 unter Fn. 3

⁴ Vgl. hierzu Bartholomeyczik. 5. Denkschrift. S. 217 m.w.N. für eine gleichlautende Regelung auch im österreichischen Recht in Fn. 2

Die Sicherung des Erbschaftskäufers gegen eine zu weit gehende Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern konnte nach Auffassung der Motive "zweckmäßig nur in der Benutzung des Inventarrechts des Erben für den Erbschaftsverkäufer gefunden werden" ³. Vor diesem Hintergrund wird denn auch die Regelung des heutigen § 2383 I S. 2 (= § 498 E I) wie folgt begründet: "Insoweit zur Zeit des Erbschaftskaufes das Inventarrecht des Verkäufers allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber verloren war, kann auch die hieraus für die betreffenden Gläubiger gewonnene Rechtslage diesen durch den Abschluß des Erbschaftskaufes nicht mehr entzogen werden" ⁴. Dem Käufer sollte lediglich die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Verkäufers bleiben. § 492 E I.

2. Die Protokolle zu § 497 E I

Die Protokolle der Beratungen der 2. Kommission zu § 497 E I machen deutlich, daß diese weitgehende Haftung, insbesondere die dem Erbschaftskäufer drohende Gefahr, schon mit Abschluß des Kaufvertrages auch mit seinem eigenen Vermögen für die Nachlaßverbindlichkeiten eintreten zu müssen, auf Kritik stieß ⁵. Trotz dieser Kritik hielt jedoch auch die 2. Kommission am ersten Entwurf fest: Zwar enthalte der § 497 eine Anomalie. Diese sei jedoch unvermeidlich, wenn nicht der Zweck, dem der § 497 E I diene, vereitelt werden solle. Es handele sich nämlich darum, die Wirkungen der Universalnachfolge insoweit herbeizuführen, als es unter Berücksichtigung des Umstandes möglich sei, daß der Verkäufer Erbe bleibe. Dies erlaube es

³ Mot. II. S. 363

⁴ Mot. II. S. 363

⁵ Prot. II. S. 126, 127

jedenfalls, den Käufer als Nachfolger in die Nachlaßschulden zu behandeln ⁶.

Zwar sahen auch die Mitglieder der 2. Kommission, die hiermit für den Käufer verbundenen Nachteile, meinten aber, es komme in erster Linie auf das Interesse der Gläubiger an. Dieses müsse den Interessen des Käufers, der sich bewußt bleiben müsse, daß der Erbschafts Kauf ein gewagtes Geschäft sei, vorgehen ⁷. Der Käufer könne sich dadurch schützen, daß er den Vertrag erst abschließe, wenn alles zu seiner Verfügung gestellt sei, oder daß er den Kaufpreis erst nach Übertragung der Erbschaftsgegenstände zahle ¹⁰.

Die Gesetzesmaterialien belegen also, daß der "historische Gesetzgeber" bewußt eine strengere Haftung als in § 419 und - was die Automatik der Unbeschränkbarkeit der Haftung des Käufers bei Unbeschränkbarkeit der Haftung des Verkäufers angeht - sogar eine anomale Haftungsregelung wegen des absolut vorrangigen Schutzes der Gläubiger getroffen hat.

Neben den bislang dargelegten Begründungen der Motive und Protokolle belegt dies auch § 2382 II, nach dem Vereinbarungen zwischen Verkäufer und Käufer über die Beschränkung oder den Ausschluß der Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern unwirksam sind.

Das Gesetz hat damit bewußt die Regelung des § 419 III aufgegriffen, um die Haftung absolut zu machen ¹¹.

Ob dies rechtfertigt, die Haftung so weit gehen zu lassen, daß auch der Erwerber mit seinem persönlichen Vermögen dann haften muß, wenn der Verkäufer bei Abschluß des Kaufvertrages bereits unbe-

⁶ Prot. II, S. 127

⁷ Prot. II, S. 126, 127

¹⁰ Prot. II, S. 126, 127

¹¹ Mot. II, S. 363

schränkbar haftete, kann bezweifelt werden: wenn die Motive darauf abstellen, daß den Gläubigern die einmal gewonnene Rechtslage durch den Erbschafts Kauf nicht wieder entzogen werden dürfe, ist dies ein ebenso richtiger wie einleuchtender Grundsatz. Ihm wird jedoch auch dann Genüge getan, wenn der Käufer wie der Vermögensübernehmer nur beschränkt auf das Erworbene zu haften hätte. Auch in diesem Fall bliebe es bei der unbeschränkten Haftung des Verkäufers wie bei der Haftung mit dem Nachlaß, so daß die persönliche Haftung des Käufers einen Zuwachs an Haftung, also mehr als die einmal gewonnene Rechtslage bedeutet ¹². Immerhin haben auch die "Väter des BGB" diesen Aspekt der Haftungsregelung als anomal erkannt und dennoch in die gesetzliche Regelung mit aufgenommen, um den Schutz der Gläubiger zu gewährleisten.

II. Schlußfolgerungen für die Bestimmung des Erbschaftsbegriffs in den §§ 2382, 2383

Ein Gesetz, das sogar bewußt von der Haftungsregelung vergleichbarer Fälle der "Vermögensnachfolge" abweicht, um die Gläubiger möglichst umfassend zu schützen, und diesen Schutz sogar noch dadurch verabsolutiert, daß es hiervon abweichende interne Absprachen gegenüber den Nachlaßgläubigern für wirkungslos erklärt, würde in seinem Schutzzweck unterlaufen, wenn die Haftung allein von der Bezeichnung des Vertragsgegenstandes abhängig wäre. Für die Gläubiger macht es keinen Unterschied, ob die Erbschaft als Erbschaft ohne nähere Bestimmung oder unter Auflistung der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände, Rechte und Forderungen verkauft wird, oder die Erbschaft nur aus einem

¹²So auch Siber, Haftung, S. 132; Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 218

einzigem Gegenstand oder einem Vermögensinbegriff besteht: In jedem Fall geht ihre gesamte Haftungsgrundlage für den Kredit an den Erblasser an einen Dritten und droht ihnen der Verlust dieser Haftungsgrundlage. Würde man allein die Bezeichnung des Vertragsgegenstandes für maßgebend erachten, wäre es der Willkür der Parteien anheim gegeben, die Haftung auszulösen oder nicht. Diese Möglichkeit stünde aber in Widerspruch zur Regelung des § 2382 II, der den Parteien eine Einflußnahme auf die Haftung gerade nicht gestattet.

Die "ratio legis" gebietet daher auch in diesen Fällen den Schutz der Gläubiger. Der Begriff der Erbschaft in den §§ 2382, 2383 erfaßt also alle vorgenannten Möglichkeiten.

III. "Korrektiv" für den Erwerber

Ist der Begriff der Erbschaft nach dem Schutzzweck der Haftungsnormen in der eben beschriebenen Weise zu interpretieren, weil nur so den Belangen der Nachlaßgläubiger Rechnung getragen wird, kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß der "historische Gesetzgeber", wie im ersten Abschnitt dieser Untersuchung aufgezeigt, die Erbschaft allein als Sammelbegriff einer nicht näher bestimmten Anzahl von Nachlaßgegenständen, -forderungen und -rechten verstanden und für diesen Vertrag die notarielle Beurkundung vorgesehen hat. Ist diese Form nicht eingehalten, ist der Erbschafts Kaufvertrag nach § 125 nichtig mit der Folge, daß auch die Haftung nach den §§ 2382, 2383 entfällt ¹³.

Wie die Prüfung des Schutzzwecks des § 2371 ergeben hat, ist auch nach heutigem Normverständnis nur in den Fällen, in denen die Erbschaft als Sammelbe-

¹³ Vgl. nur Kretzschmar, § 98 IV 4, S. 727

griff Vertragsgegenstand ist, die notarielle Beurkundung erforderlich.

Schließen Erbe und Käufer für die Erbschaft als Sammelbegriff in Unkenntnis des Formerfordernisses nur einen mündlichen oder privatschriftlichen Vertrag, bleibt dieser Vertrag im Hinblick auf die Haftung also folgenlos.

Ist Vertragsgegenstand hingegen nur ein einzelner Gegenstand, der aber die gesamte Erbschaft ausmacht, müßte der Erwerber nach dem bisherigen Ergebnis der Schutzzweckbestimmung der §§ 2382, 2383 den Nachlaßgläubigern haften. Diese verschiedenen Konsequenzen vermögen schon deswegen nicht zu überzeugen, weil der Käufer in dem Falle, in dem Vertragsgegenstand ausdrücklich die Erbschaft als solche ist, immerhin weiß, daß er die ganze Erbschaft kauft. Selbst in seiner Laiensphäre kann er sich eine ungefähre Vorstellung davon machen, daß die Erbschaft das gesamte Vermögen des Erblassers darstellte und dieses die Haftungsgrundlage für etwaige Verbindlichkeiten des Erblassers war. Erwirbt er dieses Vermögen nun, weiß er aber auch, kann jedenfalls unschwer diesen Schluß ziehen, daß der Erbe mit diesem Vermögen nicht mehr die Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern des Erblassers befriedigen kann und daß diese Verpflichtungen ihm als Erwerber zufallen.

Diese Vorstellung hat der Käufer eines einzelnen oder mehrerer genau bezeichneter Nachlaßgegenstände nicht, wenn es ihm nicht der Verkäufer sagt oder er aus besonderen Umständen heraus selbst diese Kenntnis hat. Für ihn käme also eine Inanspruchnahme durch die Nachlaßgläubiger völlig überraschend.

Dies hat auch offensichtlich der Bundesgerichts-

hof ¹⁴ so gesehen und deshalb den Haftungseintritt an die Voraussetzung geknüpft, daß der Erwerber beim Kauf eines einzelnen Gegenstandes, der aber die gesamte Erbschaft ausmacht, wissen müsse, daß es sich um die gesamte Erbschaft handle und sich hierbei auf die Parallele zu § 419 gestützt, bei dem gleiches gelte. Tatsächlich bedarf es aber nicht einmal dieser Parallele. Schon die Protokolle ¹⁵ wollen den Erwerberschutz deshalb dem Gläubigerschutz nachstehen lassen, weil dem Erwerber bewußt bleiben müsse, ein gewagtes Geschäft zu machen. Der "historische Gesetzgeber" setzte zunächst also die Kenntnis des Umstandes voraus, daß die gesamte Erbschaft erworben wird, eine Selbstverständlichkeit angesichts des von ihm zugrundegelegten Verständnisses des Vertragsgegenstandes eines Erbschaftskaufes, der ausdrücklich die Erbschaft als Kaufobjekt bezeichnet. Wenn auch die §§ 2382, 2383 von ihrem Schutzzweck her eine weitergehende Interpretation des Vertragsgegenstandes zulassen, kann jedenfalls die konkrete Normvorstellung des "historischen Gesetzgebers" insoweit nicht ignoriert werden, als auch dieser die Haftung des Erwerbers nur eintreten lassen wollte, wenn und weil dieser wußte, daß er die gesamte Erbschaft übernehmen sollte.

Dieser einschränkenden Voraussetzung bedarf es überdies auch im Hinblick auf die Gesetzessystematik.

Die Haftung des Erbschaftskäufers knüpft gem. §§ 2382, 2383 ausdrücklich an den Vertrag an, mit dem die Erbschaft verkauft wird. Auch hieraus ergibt sich, daß der Erwerber nur haften soll, wenn er weiß, daß das Erworbenene eine Erbschaft darstellt.

¹⁴BGH FamRZ 1965, 268

¹⁵Prot. II, S. 217

B. Haftung des Erwerbers einer Erbschaft beim Kauf vom Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter, vom Erben oder Sachwalter im gerichtlichen Nachlaßvergleichsverfahren oder vom Testamentsvollstrecker

Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, hat der Gesetzgeber den Schutz der Nachlaßgläubiger beim Verkauf der Erbschaft sehr weitgehend ausgestaltet. Die §§ 2382, 2383 greifen zugunsten der Nachlaßgläubiger in jedem Fall ein, in dem die ganze oder nahezu ganze Erbschaft vom Erben veräußert wird und der Käufer auch weiß, daß es sich bei den veräußerten Gegenständen um die ganze oder nahezu ganze Erbschaft handelt.

Sinn und Zweck dieser Haftungsregelung ist es, den Nachlaßgläubigern ihre Haftungsgrundlage für ihre ehemals gegenüber dem Erblasser begründeten Forderungen zu erhalten. Das ist schon deshalb notwendig, weil der Verbleib des für die Erbschaft gezahlten Entgeltes für die Gläubiger nicht sichergestellt ist. Nutzt der veräußernde Erbe den Erlös nicht zur Befriedigung der Gläubiger, sondern verwendet er ihn für andere Zwecke, würden die Gläubiger ihre Forderungen "abschreiben" müssen, hätten sie nicht nach den §§ 2382, 2383 die Möglichkeit, auch beim Erwerber weiter auf den übernommenen Nachlaß Zugriff zu nehmen ¹⁶.

Die Notwendigkeit dieses Gläubigerschutzes ist aber dann in Frage gestellt, wenn dem Erben die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß genommen ist und diese in den Händen eines Nachlaßverwalters, Nachlaßkonkursverwalters oder Testamentsvollstreckers liegt. Nach der herrschenden Amtstheorie sind Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter und Testamentsvollstrecker Amtstreu-

¹⁶ So auch Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 216

händer ¹⁷ mit gesetzlicher Verfügungs-, Erwerbs-, Verpflichtungs- und Prozeßführungsbefugnis, die an die Stelle der Verwaltungs-, Verfügungs-, Verpflichtungs- und Prozeßführungsbefugnis des Erben tritt (§§ 1984 I, 1985; §§ 6-8 KO und §§ 2205 ff. - 2212).

Schon der Begriff des Amtstreuhanders scheint darauf hinzudeuten, daß in ihrer Person eine korrekte und gewissenhafte Verfügung über das gezahlte Entgelt gewährleistet ist, wenn diese die Erbschaft veräußern. Auch spricht der nicht nur der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkursverfahren, sondern auch dem Nachlaßvergleichsverfahren vom Gesetzgeber beilegende Zweck, die Gläubiger zu befriedigen ¹⁸, für eine Spezialregelung, die den Haftungsvorschriften der §§ 2382, 2383 vorgehen könnte.

Rechtsprechung und Schrifttum haben der Frage der Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 in den vorgenannten Fällen bislang nur geringe Aufmerksamkeit geschenkt ¹⁹ und sie ausdrücklich nur für den Fall der Erbschaftsveräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter verneint.

¹⁷ Vgl. hierzu Rosenberg-Schwab, ZPO, § 40 III, 1 und 2, S. 206 und 207; sowie besonders ausführlich Jauernig, ZPO, § 18 V 4, S. 49-51 mit zahlreichen Nachweisen zugleich zur Abgrenzung gegenüber der Vertretertheorie und der Theorie vom neutralen Handeln; der dogmatische Unterschied zwischen diesen Theorien ist bedeutungslos; vgl. hierzu die Vorgenannten sowie Schlüter, § 54 III 2 a und § 42 I 3; ebenso wie die Differenzierung danach, ob es sich um private oder öffentliche Ämter handelt; vgl. hierzu nur Schlüter, a.a.O. und Damrau, JA 1984, 130

¹⁸ Vgl. hierzu näher unten unter II

¹⁹ Mit dieser Problematik setzen sich nur Staudinger-Ferid-Cieslar, Einleitung zu § 2371 Rdn. 157 und 162; Soergel-Damrau, § 2371 Rdn. 7 und § 2383 Rdn. 6 und 7; RGRK-Kregel, § 2383 Rdn. 6; Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 211 und BayObLG, Das Recht, 1906, 1322 Nr. 3211 auseinander

Zur Begründung wird einmal geltend gemacht, daß dem Interesse der Nachlaßgläubiger damit Genüge getan sei, daß ihnen der Erlös aus dem Verkauf zufließe ²⁰. Zum anderen wird die Auffassung vertreten, daß es in diesen Fällen schon an einem Erbschafts Kauf im Sinne des § 2371 fehle ²¹. Bartholomeyczik verneint die Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 für den Fall der Veräußerung der Erbschaft durch den Nachlaßkonkursverwalter dagegen mit der Erwägung, daß sonst der Verkauf des gesamten Nachlasses unmöglich sei ²². Die §§ 2382, 2383 sollen aber dann anwendbar bleiben, wenn der Testamentsvollstrecker die Erbschaft veräußert ²³. Im folgenden soll dieser Frage näher nachgegangen werden, wobei zunächst im Wege der Auslegung der §§ 2382, 2383 zu prüfen ist, ob Wortlaut, Entstehungsgeschichte, systematischer Zusammenhang sowie Sinn und Zweck dieser Vorschriften ihrer Anwendbarkeit in diesen Sonderfällen der Erbschaftsveräußerung entgegenstehen.

I. Ausschluß der Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 beim Kauf der ganzen Erbschaft vom Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter, vom Erben oder Sachwalter im Nachlaßvergleichsverfahren oder vom Testamentsvollstrecker aufgrund der Auslegung dieser Vorschriften

Anhaltspunkte für Zweifel an der Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 auf die vorgenannten Fälle geben zunächst der Wortlaut dieser Vorschriften und ihr Zusammenhang mit § 2371. Wie oben bereits näher dargelegt wurde, knüpft die Haftung an den schuld-

²⁰ So: Staudinger-Ferid-Cieslar, Einleitung zu § 2371 Rdn. 157

²¹ So außer Staudinger-Ferid-Cieslar, a. a. O. insbesondere Soergel-Damrau, a. a. O.

²² Vgl. Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 211

²³ So Staudinger-Ferid-Cieslar, Einleitung zu § 2371 Rdn. 62 ohne Begründung

rechtlichen Vertrag zwischen Erbe und Erwerber an. An dieser Voraussetzung fehlt es jedenfalls in den Fällen des Verkaufs der Erbschaft durch Nachlaß-, Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker.

Andererseits entfaltet der Kaufvertrag über eine Erbschaft wie jeder andere Kaufvertrag lediglich obligatorische Wirkungen. Dementsprechend haben schon die Motive ²⁴ anerkannt, daß sich auch ein Nichterbe wirksam zum Verkauf einer Erbschaft verpflichten kann ²⁵.

Für einen Kauf vom Nichterben kann sich allenfalls die Frage nach der Erfüllbarkeit durch den Verkäufer stellen ²⁶.

Selbst dieses Problem ergibt sich bei Verkauf durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter bzw. Testamentsvollstrecker schon deshalb nicht, weil diese an Stelle des Erben über den Nachlaß verfügen können. Im Nachlaßvergleichsverfahren hingegen behält der Erbe in der Regel ohnehin das Recht, den Nachlaß zu verwalten, Nachlaßgegenstände in Besitz zu haben und über sie zu verfügen ²⁷. Nach alledem stehen also weder Wortlaut noch systematischer Zusammenhang der §§ 2382, 2383 mit § 2371 der Anwendung dieser Vorschriften auf den Verkauf der ganzen Erbschaft durch Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter und Testamentsvollstrecker oder bei Veräußerung im Nachlaßvergleichsverfahren entgegen.

²⁴ Mot. II, S. 353

²⁵ Zu einem Beispielsfall vgl. OLG Karlsruhe OLGE 14, 317; ferner Münchener-Kommentar-Musielak, § 2371 Rdn. 4; Staudinger-Ferid-Cieslar, Einleitung zu § 2371 Rdn. 51, 60 und § 2371 Rdn. 20 sowie Soergel-Damrau, § 2371 Rdn. 7

²⁶ Vgl. hierzu Münchener-Kommentar-Musielak, a.a.O. und Staudinger-Ferid-Cieslar, Einleitung zu § 2371 Rdn. 61 und RGRK-Kregel, § 2376 Rdn. 2

²⁷ Vgl. nur Schlüter, § 54 V 3 b; hierzu noch eingehender unten unter II. 2

Auch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften gibt nichts dafür her, daß der Gesetzgeber einen dieser Fälle auch nur bedacht hat. Schließlich läßt auch die teleologische Auslegung keinen Anhaltspunkt dafür erkennen, daß eine, mehrere oder gar alle vorgenannten Konstellationen vom Schutzzweck dieser Normen nicht erfaßt werden sollen. Die einleitend zu diesem Abschnitt wiedergegebenen Argumente der Literatur gegen eine Anwendung der §§ 2382, 2383 jedenfalls bei Veräußerung durch den Nachlaßverwalter und den Nachlaßkonkursverwalter knüpfen an den Schutzzweck dieser Verfahrensarten an und wollen von daher den Anwendungsbereich der §§ 2382, 2383 einengen. Dies kann jedoch nicht im Wege der Auslegung dieser Vorschriften festgestellt werden. Die Auslegung findet nämlich ihre Grenzen im möglichen Wortsinn²⁶. Der Wortsinn erfaßt aber den Verkauf der Erbschaft durch jedermann und knüpft unabhängig von der Person des Verkäufers den Eintritt der Haftung nur an den Kauf der Erbschaft.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß die Auslegung der §§ 2382, 2383 nach dem möglichen Wortsinn keine durchgreifenden Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den Kauf einer ganzen Erbschaft vom Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker bzw. im Nachlaßvergleichsverfahren erkennen läßt.

II. Ausschluß der Anwendbarkeit aufgrund teleologischer Reduktion der §§ 2382, 2383

Mit der Feststellung, daß die vorgenannten besonderen Fälle eines Verkaufs der ganzen Erbschaft noch vom möglichen Wortsinn der §§ 2382, 2383

²⁶ Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 307, 376

erfaßt werden, ist jedoch nicht abschließend entschieden. ob dieses Ergebnis auch vom Regelungszweck diese Vorschriften gedeckt wird. Vielmehr liegt es hier nah zu prüfen, ob nicht eine verdeckte Regelungslücke vorliegt. Dies ist dann zu bejahen, wenn die gesetzliche Regel entgegen ihrem Wortsinn, aber der immanente Teleologie des Gesetzes entsprechend einer Einschränkung bedarf, die im Gesetzestext nicht enthalten ist ²⁹. Eine derartige Rückführung der in dem Gesetz zwar enthaltenen, nach ihrem Wortsinn aber zu weit gefaßten Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck zukommenden Anwendungsbereich, wird als teleologische Reduktion oder auch Restriktion bezeichnet ³⁰. Sie kann entweder durch den Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst oder durch den insoweit vorrangigen Zweck einer anderen Norm, der anderenfall nicht erreicht würde, durch die "Natur der Sache" oder durch ein für eine bestimmte Fallgruppe vorrangiges, dem Gesetz immanentes Prinzip geboten sein ³¹. Ausdrücklich bemühen Karsten Schmidt ³² und Henckel ³³ dieses Prinzip zur Rechtfertigung der von der herrschenden Meinung zur ähnlich gelagerten Problematik der Anwendbarkeit des § 419 bei Vermögensübernahme vom Konkursverwalter vertretenen Auffassung daß das Konkursverfahren und der in ihm herrschende Gedanke der *par condicio creditorum* ³⁴ Vorrang vor der Haftungskontinuität nach § 419 habe ³⁵.

²⁹ Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 375; zur Kritik am Lückenbegriff vgl. Brandenburg, S. 60 ff., 63 ff., 76 und 77.

³⁰ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 375.

³¹ So Larenz, Methodenlehre, S. 376.

³² In ZIP 1980, 328 ff., 337.

³³ In Jaeger-Henckel, KO § 1 Rdnr. 16; einen Überblick zur methodischen Rechtfertigung dieses Ergebnisses gibt ferner das BAG in ZIP 1983, 1377, 1379.

³⁴ Zu den rechtlichen Grundlagen der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs vgl. Berges, KTS 1957, 49 ff.

³⁵ Vgl. hierzu näher unten unter 1 a)

Da die Frage der Geltung des § 419 bei Veräußerung eines Vermögens durch den Konkursverwalter in Schrifttum und Rechtsprechung schon lange diskutiert wird und sich hierzu auch eine gefestigte, im Ergebnis übereinstimmende Meinung herausgebildet hat, bietet es sich an, die hier zur Untersuchung stehenden Fallgruppen der Veräußerung einer ganzen Erbschaft nunmehr aufzuspalten und zunächst die Übertragbarkeit der zu § 419 vertretenen Argumente auf den Fall der Veräußerung einer Erbschaft durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter hin zu überprüfen (hierzu nachfolgend unter 1). Beide Verfahrensarten weisen, wie noch aufgezeigt wird, zahlreiche Gemeinsamkeiten auf, die eine einheitliche Beantwortung wahrscheinlich machen und ihre gemeinsame Untersuchung und den gemeinsamen Vergleich mit den Argumenten zur Geltung des § 419 bei Veräußerung durch den Konkursverwalter rechtfertigen. Die Geltung des § 419 haben Rechtsprechung und Schrifttum auch bei Veräußerung eines Vermögens im Vergleichsverfahren verneint. Wegen des engen Zusammenhangs zwischen Vergleichs- und Konkursverfahren - nach § 1 VglO soll das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses dienen - soll die spezielle Problematik der Haftung des Erwerbers beim Kauf einer Erbschaft im Nachlaßvergleichsverfahren anschließend geprüft werden (hierzu unten unter 2). Abschließend bleibt dann der Fall der Veräußerung einer ganzen Erbschaft durch den Testamentsvollstrecker zu prüfen, zu dem eine begründete Stellungnahme bislang fehlt (hierzu nachfolgend unten unter 3).

1. Die Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 bei dem Kauf einer ganzen Erbschaft vom Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter

Wie bereits oben angesprochen, hat die Frage, ob die Veräußerung eines Vermögens durch den Konkurs

verwalter die Haftung nach § 419 auslöst, Rechtsprechung und Schrifttum schon lange beschäftigt. Einhellig ist dabei das Ergebnis, daß § 419 in diesem Fall nicht eingreifen soll. Unterschiedlich sind jedoch die hierfür gegebenen Begründungen.

a) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum zur Haftung des Erwerbers nach § 419 bei Erwerb des Vermögens vom Konkursverwalter

Die erste höchstrichterliche Entscheidung, die in diesem Zusammenhang immer wieder zitiert wird, ist ein Urteil des Reichsgerichts vom 21. Mai 1904 ³⁶. Dieses Urteil setzt sich allerdings nicht mit § 419, sondern mit der Frage auseinander, ob die Konkursgläubiger die Haftung aus § 25 HGB gegen denjenigen geltend machen können, der ein zur Masse gehöriges Handelsgeschäft von dem Konkursverwalter erworben hat und unter der bisherigen Firma fortführt. Da aber auch § 25 HGB einen Sonderfall der Haftungskontinuität betrifft, bilden die tragenden Gründe, mit denen das Reichsgericht diese Frage verneint hat, auch die Basis für nachfolgende Entscheidungen und Argumente des Schrifttums. Das Reichsgericht hebt insoweit hervor, daß der Konkursverwalter in Wahrnehmung der Interessen der Konkursgläubiger handle, wenn er zur Konkursmasse gehörige Gegenstände veräußere. Denn dies geschehe, um die Barbeträge zu beschaffen, die an die Konkursgläubiger zu verteilen seien.

Dabei komme es nicht darauf an, ob der Konkursverwalter als der Vertreter der Konkursgläubiger

³⁶ RGZ 58, 166 ff.

anzusehen sei. Jedenfalls handele er in Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe zum Zwecke der konkursmäßigen Befriedigung aus der Masse. Auf diese Art der Befriedigung seien die Konkursgläubiger beschränkt. Sie müßten daher die Rechtshandlungen, welche der Konkursverwalter zur Versilberung der Masse vornehme, auch für sich gelten lassen; sie seien daran gebunden und dürften sich nicht in Widerspruch dazu setzen ³⁷.

Erstmals hat dann das Reichsarbeitsgericht in einem Urteil vom 18. November 1933 ³⁸ diese Grundsätze auch für den Fall einer Vermögensveräußerung durch den Konkursverwalter angewendet und entschieden, daß derjenige, der vom Konkursverwalter die Konkursmasse im Ganzen erwerbe, den Konkursgläubigern nicht nach § 419 hafte. Auch nach dem Reichsarbeitsgericht liegt der maßgebliche Grund hierfür darin, daß die Konkursordnung den Zugriff der Gläubiger auf das Schuldnervermögen in bestimmter Weise beschränke. Die Gläubiger erhielten ihre Befriedigung aus der zu diesem Zweck vom Konkursverwalter in Bargeld umgesetzten Vermögensmasse nach bestimmten Regeln; ihre Beteiligung sei der ihnen gesetzlich allein zugestandene Weg, aus dem Vermögen ihres Schuldners Befriedigung zu suchen. Die Veräußerung dieses Schuldnervermögens, sei es durch Einzelverwertung, sei es durch Verwertung der Masse im ganzen, geschehe durch den Konkursverwalter zu dem ausgesprochenen Zweck, Mittel für die konkursmäßige Befriedigung der Gläubiger zu schaffen. Es könne also nicht die Rede davon sein, daß die Gläubiger dem Konkursverwalter gegenüber Gefahr liefen, durch überraschende Veräußerung oder Verschleuderung des Schuldnervermögens geschädigt zu werden.

³⁷ RGZ a. a. O., S. 168.

³⁸ RAG JW 1934. 506

Das Reichsarbeitsgericht lehnte auch Unterscheidungen zwischen "gewöhnlichen" Konkursgläubigern und Massegläubigern mit der Begründung ab, Massegläubiger würden nur einen Vorzug in der Reihenfolge der Befriedigung genießen und müßten sich unter Umständen - vgl. § 60 KO - ebenso wie die Konkursgläubiger mit einer nur teilweisen Befriedigung begnügen, stünden jedenfalls wieder unter sich in einer bestimmten Rangordnung. Wollte man ihnen einen Zugriff gegen den Erwerber der Konkursmasse gestatten, könnte dies nur unter Wahrung dieser Rangfolge geschehen - das Gesetz hätte notwendigerweise nach dieser Richtung hin Vorsorge treffen müssen. Tatsächlich finde sich jedoch nicht der geringste derartige gesetzliche Anhaltspunkt.

Der Bundesgerichtshof und das Bundesarbeitsgericht haben diese Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt und um weitere Argumente ergänzt. So lehnt der Bundesgerichtshof ³⁹ die Anwendung des § 419 bei Veräußerung eines Vermögens durch den Konkursverwalter mit der Begründung ab, daß der Konkursverwalter "kraft seiner Amtsstellung im Rahmen eines geordneten, gerichtlich kontrollierten Verfahrens, das auf gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger abzielt und in dem eine vollständige Erfassung aller Schulden und aller Gläubiger sichergestellt wird" die Vermögensveräußerung vornehme.

Einen anderen Aspekt, hier wiederum zur Ablehnung der Anwendbarkeit des § 25 HGB, führt das Bundesarbeitsgericht ⁴⁰ an: "Fast niemand könnte ein Handelsgeschäft mit dessen Firma erwerben, wenn er die Schuldenlast mitübernehmen müßte, die zum

³⁹ BGHZ 66, 217, 228

⁴⁰ BAG 18, 286 = NJW 1966, 1984, insoweit nicht abgedruckt in BB 1966, 901

wirtschaftlichen Zusammenbruch des bisherigen Inhabers geführt hat".

Diese Argumente haben auch im Schrifttum einhellige Zustimmung gefunden ⁴¹.

Es finden sich aber auch eigenständige Begründungen. So wird von Nörr-Scheyhing ⁴² die Auffassung vertreten, es fehle im Falle der Veräußerung eines Vermögens durch den Konkursverwalter schon an der erforderlichen vertraglichen Übernahme. Ebenso wie Erwerbsakte von Vermögen in Gestalt der Zwangsvollstreckung, namentlich der Zwangsversteigerung, müßten freiwillige Veräußerungsakte im Rahmen von Zwangsvollstreckungsverfahren wie echte Zwangsmaßnahmen behandelt werden, denn sie würden wie letztere dem rechtlichen Anlaß entspringen, der zu dem Verfahren geführt hat ⁴³.

Derleder ⁴⁴ verneint die Haftung nach § 419 mit der Begründung, daß "das konkursrechtliche Schuldenbereinigungsverfahren durch einen Wettbewerb der verschiedenen Gläubiger um den ersten Zugriff auf das veräußerte Haftungssubstrat ..., auf das sich bei entsprechender Einrede des Übernehmers

⁴¹ Vgl. zum Beispiel Siller, Gruchot 71 (1931) ., 179, 187; Laue, AcP 146 (1941), 156, 193; Brandis, JR 1932, 1; Mohrbutter, DB 1953, 526 und DB 1954, 343 und Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch, S. 257; Erman-H.P. Westermann, § 419 Rdnr. 27; Münchener-Kommentar-Möschel, § 419 Rdn. 36; Palandt-Heinrichs, § 419 Anm. 3 d; Uhlenbruck, KTS 1974, 1 ff., 4; Böhle-Stamschröder/Kilger, KO, § 1 Anm. 3; Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 1 Anm. 80 e

⁴² Sukzessionen, § 29 V 4 c, S. 343, 344

⁴³ In diese Richtung geht auch das Argument Beitzkes in AP Nr. 7 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge -: "Auch ist der Konkurs ein Vollstreckungsverfahren und die Veräußerung in diesem der einfachen rechtsgeschäftlichen Veräußerung nicht gleichzusetzen"; ähnlich Uhlenbruck, KTS 1974, 1, 5 zu § 613 a

⁴⁴ In AuR 1976, 129, 131

seine Haftung gem. § 419 II BGB "beschränkte, nicht gestört werden dürfe"⁴⁵.

Überdies würden durch den Zugriff auf das übernommene Vermögen die Gläubiger bei entgeltlicher Vermögensveräußerung in aller Regel die Rechtsmängelhaftung des Konkursverwalters gegenüber dem Unternehmer mit der Folge einer entsprechenden Verringerung der Konkursmasse auslösen.

Henckel schließlich verweist auf die wirtschaftliche Sinnlosigkeit einer Anwendung des § 419 bei Erwerb des Vermögens vom Konkursverwalter⁴⁶.

Würde § 419 angewendet, würde der Konkursverwalter entweder einen um den Betrag der übernommenen Schulden verminderten Preis und die Konkursgläubiger eine entsprechend niedrigere Quote oder - noch wahrscheinlicher - gar keine Gegenleistung erhalten. Denn wenn die Konkursforderungen und die Masseschulden die Aktivmasse überstiegen, werde kein vernünftiger Erwerber auch nur einen Pfennig hierfür bezahlen, oder besser, die Masse erst gar nicht übernehmen. Gegen Derleders Argument der Rechtsmängelhaftung wendet er ein, daß die Anwendung des § 419 nicht hieran, sondern daran scheitere, daß der Konkursverwalter für die Veräußerung eines überschuldeten Vermögens keine Gegenleistung in die Masse bekommen könne, gleichgültig, ob der Unternehmer von vornherein nichts zahle oder nachträglich den gezahlten Preis zurückfordere⁴⁷. Im übrigen sieht er aber - wie Derleder - einen Widerspruch zum Gleichbehandlungsprinzip des Konkursrechts, wenn sich der Unternehmer bei Geltung des § 419 auf die Haftungsbeschränkung des § 419 II berufen würde: dies hätte zur Folge, daß die Konkursgläubiger jetzt in einem ungeordneten Verfahren auf das übernommene Vermögen zugreifen

⁴⁵ So auch Henckel, ZIP 1980, 2. 5 r. Sp.

⁴⁶ ZIP 1980, 2, 5; in gleicher Weise auch Riedel, NJW 1975, 765, 766 zu § 25 HGB

⁴⁷ Henckel, ZIP 1980, 2, 6 l. Sp.

könnten, während die Konkursmasse durch die Übertragung des Vermögens erschöpft sei. Wolle man aber annehmen, das übernommene Vermögen könne im Rahmen der Haftungsbeschränkung des § 419 II einem Sonderkonkurs zugeführt werden⁴⁸, würde dies ein unsinniges Ergebnis zeitigen. Denn die Anwendung des § 419 auf die Vermögensübertragung des Konkursverwalters hätte zur Folge, daß über dieselbe Masse ein zweites Konkursverfahren durchgeführt werden müßte, in dem nunmehr der Übernehmer Gemeinschuldner wäre. Die Liquidation ein und desselben Vermögens in zwei Verfahren würde aber nur doppelte Kosten verursachen. Für eine solche Schmälerung des Liquidationserlöses sei ein sinnvolles und schutzwürdiges Interesse der Gläubiger nicht erkennbar.

b) Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf die Frage nach der Erwerberhaftung gem. §§ 2383, 2383 beim Kauf einer Erbschaft vom Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter

Ob sich die von Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage der Erwerberhaftung nach § 419 bei Veräußerung des gesamten Schuldnervermögens durch den Konkursverwalter entwickelten Kriterien auf die Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter übertragen lassen, hängt davon ab, ob die jeweiligen Wertungsgesichtspunkte stichhaltig sind und auch den Besonderheiten der §§ 2382, 2383 gegenüber § 419 gerecht werden. Dies soll im folgenden näher untersucht werden.

⁴⁸ So Kleissler, S. 19 ff. gegen die herrschende Meinung

aa) Ausschluß der Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 wegen Fehlens eines Vertrages im Sinne dieser Vorschriften bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter

Für § 419 vertritt ein Teil des Schrifttums ⁴⁹ den Standpunkt, daß die Veräußerung im Rahmen eines Konkursverfahrens der in dieser Vorschrift ins Auge gefaßten einfachen Veräußerung nicht entspreche. Nörr-Scheyhing begründen dies damit, daß die Veräußerung im Rahmen eines Konkursverfahrens den Veräußerungsakten im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens, die ebenfalls eine Haftung nach § 419 nicht auslösten, deshalb gleichzustellen sei, weil sie mit dieser den rechtlichen Anlaß gemeinsam hätten.

Bevor diese Auffassung auf ihre Übertragbarkeit hin überprüft werden kann, ist zunächst festzustellen, ob sie überhaupt richtig ist.

Insoweit ist es erforderlich, sich die Gründe dafür zu vergegenwärtigen, daß Veräußerungsakte im Rahmen einer Zwangsversteigerung keine Haftung nach § 419 auslösen.

Besteht ein Vermögen aus beweglichen Sachen, erfolgt die Zwangsversteigerung in einem dreiaktigen Vorgang: der Abgabe von Geboten, der Erteilung des Zuschlags und der Ablieferung der Sachen an den Erwerber, §§ 817, 817a ZPO.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen hinsichtlich der rechtlichen Bewertung von Gebot und Zuschlag. Zum einen wird vertreten, daß zwischen dem Meistbietenden und dem Staat, vertreten durch den Gerichtsvollzieher, ein kaufrechtsähnlicher

⁴⁹ Vgl. die Nachweise oben unter Fn. 42 und

öffentlich-rechtlicher Vertrag zustande komme⁵⁰. Nach anderer Auffassung handelt es sich bei dem Zuschlag um einen einseitigen staatlichen Hoheitsakt⁵¹.

Diesem Streit kommt jedoch schon deshalb keine praktische Bedeutung zu, weil auch die Vertreter der erstgenannten Ansicht die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB über Rechtsgeschäfte und Verträge nicht ohne weiteres für anwendbar halten, insbesondere eine Anfechtung des Gebots und des Zuschlags ausschließen, und demjenigen, dem der Zuschlag erteilt wird, keinen privatrechtlichen, durch Klage verfolgbaren Anspruch gegen den Staat auf Übereignung, sondern nur den Rechtsbehelf nach § 766 ZPO zugestehen. Auch besteht nach dieser Ansicht keine Haftung für Sach- und Rechtsmängel⁵².

Nach beiden Theorien fehlt es also bei der Versteigerung beweglicher Sachen schon an einer den Regeln des BGB unterworfenen privatrechtlichen Vereinbarung, wie sie § 419 aber voraussetzt.

Gleiches gilt auch bei Versteigerung eines Grundstücks. Hier erwirbt der Ersteher das Eigentum nach § 90 I ZVG durch den Zuschlag als staatlichen Hoheitsakt, dem Rechtsprechung und Schrifttum die Bedeutung eines rechtsändernden Richterspruchs beimessen⁵³.

⁵⁰ So OLG München DGVZ 1980, 122, 123; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, § 817 Anm. 2 B; Baur/Stürner, Rdnr. 472; Thomas-Putzo, ZPO, § 817 Anm. 2.

⁵¹ Stein-Jonas/Münzberg, ZPO, § 817 Rdnr. 20.

⁵² Vgl. hierzu und zur Begründung im einzelnen: Baur/Stürner, Rdnr. 472 und Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 405 ff., insbesondere 407 ff.

⁵³ Vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 927; RGZ 138, 125, 127 und BGHZ 53, 47, 50.

Das Fehlen eines schuldrechtlichen, unmittelbar auf Vermögensübertragung gerichteten Vertrages bei Veräußerungen im Rahmen der Zwangsversteigerung ist der Grund dafür, daß eine Haftung nach § 419 auch dann nicht in Betracht kommt, wenn der versteigerte Gegenstand das ganze oder nahezu ganze Vermögen des Schuldners darstellt³⁴.

Folglich kann auch nicht der Umstand, daß das Konkursverfahren ebenso wie die Zwangsversteigerung letztlich auf Gläubigerbefriedigung abzielen, der Grund dafür sein, die Haftung nach § 419 bei Veräußerung des ganzen Schuldnervermögens durch den Konkursverwalter auszuschalten. Vielmehr käme eine Parallele zur Zwangsversteigerung nur dann in Betracht, wenn es hier wie dort an einer vertraglichen Übernahme im Sinne des § 419 fehlen würde. Davon kann aber bei den Verwertungsgeschäften des Konkursverwalters keine Rede sein. Diese sind vielmehr "normale", in vollem Umfang den Vorschriften des BGB unterworfenen Verträge.

Für die §§ 2382, 2383 könnte dieser Auffassung jedoch aus einem anderen Gesichtspunkt heraus Bedeutung zukommen.

So verneinen Ferid-Cieslar und Damrau bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter das Vorliegen eines Erbschaftskaufs im Sinne des Verkaufs einer Erbschaft als ganzer, weil dem Käufer die Abwicklung der Erbschaft zum wesentlichen Teil durch den Verwalter abgenommen werde. Der Verkauf, so argumentieren sie, sei selbst Teilakt der Abwicklung, es bleibe nur noch die Realisierung der Forderungen bzw. des Guthabens. So gesehen liege keine Verpflichtung zur Übertragung der Rechtsstellung des Erben, soweit möglich, vor, sondern nur die Veräußerung der Aktiva der

³⁴ Vgl. RGZ 144, 217, 219 und BGH WM 1955, 1229, 1231

Erbschaft ohne Belastung durch die Schulden, also aller einzelnen Nachlaßgegenstände ⁵⁵.

Richtig ist an dieser Argumentation sicherlich, daß der "historische Gesetzgeber" nach seiner Vorstellung vom Erbschafts Kauf als Verkauf einer Erbschaft unter einer nicht näher bestimmten Sammelbezeichnung von der Zahl und dem Gegenstand nach nicht näher festgelegter Nachlaßbestandteile dem Käufer gerade auch die Abwicklung der Erbschaft zuweisen wollte. Daß hierzu auch die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten durch den Verkäufer gehören soll, zeigt schon § 2378 I. Diese Vorschrift betrifft jedoch nur das Innenverhältnis der Vertragsparteien und ist überdies dispositiv ⁵⁶.

Im Außenverhältnis zu den Nachlaßgläubigern wird dieses Leitbild aber durchbrochen. Denn der Erwerber muß nicht nur im Falle des Kaufs einer Erbschaft als solcher, sondern auch dann haften, wenn die Nachlaßgegenstände im Kaufvertrag einzeln aufgezählt sind oder der Nachlaß nur aus einem einzigen Gegenstand besteht.

Voraussetzung hierfür ist nur, daß er weiß, daß er damit die ganze Erbschaft übernimmt. Dies ergibt sich zwingend aus dem Schutzzweck der §§ 2382, 2383 und der hieraus abzuleitenden Bestimmung des Erbschaftsbegriffes in diesen Vorschriften ⁵⁷.

Dabei - auch dies ergibt sich aus dem Schutzzweck der §§ 2382, 2383 - kann es für die Haftung des Erwerbers keinen Unterschied ausmachen, ob ihm die Nachlaßverbindlichkeiten bekannt sind oder nicht

⁵⁵ Vgl. Staudinger-Ferid-Cieslar, Einleitung zu § 2371 Rdnr. 157; ähnlich Soergel-Damrau, § 2383 Rdnr. 6 und § 2371 Rdnr. 7 sowie BayObLG, Recht 1906, S. 1322 Nr. 3211

⁵⁶ Vgl. nur von Lübtow, S. 1085; Erman-Schlüter, § 2378 Rdnr. 1 und Münchener-Kommentar-Musielak, § 2378 Rdnr. 2

⁵⁷ Vgl. hierzu oben unter A

und ob die Abwicklung der Erbschaft für ihn mit großem, geringem oder gar keinem Aufwand verbunden ist und ob, abweichend von § 2378 I, der Verkäufer mit dem gezahlten Entgelt die Nachlaßverbindlichkeiten erfüllen soll.

Hierauf stellen die §§ 2382, 2383 nicht ab. Ihr Zweck ist es vielmehr, die Nachlaßgläubiger weitestgehend vor einem Verlust ihrer Haftungsgrundlage zu schützen, wobei die Haftung - insoweit § 419 vergleichbar - unabhängig von internen Abmachungen zwischen Verkäufer und Käufer allein an den Abschluß des Vertrages anknüpft.

Wegen dieser Absolutheit der Haftungsregelung der §§ 2382, 2383 kann der Vertragsinhalt und -zweck auch nicht das maßgebliche Kriterium für den Ausschluß der Haftung sein, wenn Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter einen Kaufvertrag über die gesamte Erbschaft mit dem Ziel abschließen, aus dem Entgelt die Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Der Umstand, daß der Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter mit der Abwicklung der Nachlaßverbindlichkeiten einen wesentlichen Teil der an sich dem Erschaftskäufer nach dem gesetzlichen Leitbild obliegenden Pflichten wahrnimmt, kann also nicht dazu führen, die Haftung gem. den §§ 2382, 2383 auszuschließen.

bb) Ausschluß der Haftung nach den §§ 2382, 2383 wegen "wirtschaftlicher Sinnlosigkeit" bzw. wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsprinzip des Konkursverfahrens

Ein anderer Teil des Schrifttums, der sich um eine gegenüber der Rechtsprechung eigenständige Begründung für den Ausschluß der Haftung nach § 419 bei Veräußerung eines Vermögens durch den Konkursverwalter bemüht, beruft sich insoweit auf die wirtschaftliche Sinnlosigkeit der Erwerberhaftung in diesem Falle und - meist im Zusammenhang da-

mit - auf deren Unvereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Konkursverfahrens.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Sinnlosigkeit wird zum einen geltend gemacht, der Konkursverwalter könne das ihm gesetzlich vorgegebene Ziel, eine möglichst hohe Quote für die Gläubiger zu erreichen, bei Anwendbarkeit des § 419 nicht erreichen, weil kein vernünftiger Erwerber eine überschuldete Masse erwerben wolle, wenn er für die Schulden auch noch eintreten müsse ⁵⁸.

Dieses Argument wird auch noch in einer anderen Variante vertreten: Durch den Zugriff auf das übernommene Vermögen würden die Gläubiger in aller Regel die Rechtsmängelhaftung mit der Folge einer entsprechenden Verringerung der Konkursmasse auslösen ⁵⁹.

Die erstgenannte Begründung setzt den Erwerber voraus, der weiß, daß er ein überschuldetes Vermögen übernehmen und dafür haften soll. In einem solchen Fall wird allerdings kein vernünftiger und wirtschaftlich denkender Erwerber das Vermögen übernehmen wollen. Diese Feststellung ist aber ungeeignet, hieraus irgendwelche rechtlichen Schlußfolgerungen für die Antwort auf die Frage nach der Geltung des § 419 bei Veräußerung durch den Konkursverwalter zu ziehen.

Schon Schricker ⁶⁰ hat überzeugend dargelegt, daß der Erwerber eines Vermögens in der Regel nicht damit rechnet, mit dem Übernommenen haften zu müssen. Selbst in dem Fall, daß er von Verbindlichkeiten des Verkäufers weiß, ist er im Glauben, sich durch die Zahlung des Kaufpreises zu salvia-
ren, und meint, ihn gingen die Schulden des Veräußerers nichts an. Hiervon wird auch gerade der

⁵⁸ So Henckel, ZIP 1980, 2, 5 und 6; ferner Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 211

⁵⁹ So Derleder, AuR 1976, 129, 131 und Schmitt, BB 1978, 1724, 1727

⁶⁰ In JZ 1970, 265, 268

Erwerber einer Erbschaft ausgehen, der mit dem Verkäufer vereinbart, daß dieser die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten übernimmt. Er muß wegen § 2382 II den Nachlaßgläubigern dennoch haften. Die Frage, ob dies auch bei Veräußerung durch den Konkursverwalter zu gelten hat, kann daher mit dieser Begründung nicht zuverlässig beantwortet werden.

Dies sehen Derleder und Schmitt ⁶¹ richtig, die für den Fall der Anwendbarkeit des § 419 auf die Veräußerung durch den Konkursverwalter auf die daraus angeblich resultierende Rechtsmängelhaftung der Konkursmasse und die entsprechende Quotenverringerung hinweisen. Ein derartiger Automatismus würde in der Tat die Erwerberhaftung auch wirtschaftlich für die Gläubiger sinnlos machen. Fraglich ist aber, ob die Haftung des Käufers nach § 419 bei Vermögensübernahme einen Rechtsmangel im Sinne des § 434 begründet. Dies ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

Der Bundesgerichtshof verneint dies ⁶² mit der Begründung, daß obligatorische Rechte Dritter einen Mangel im Recht nur dann begründeten, soweit sie mit Rücksicht auf den Kaufgegenstand gegen den Käufer geltend gemacht werden könnten; sie müßten darauf gerichtet sein, dem Dritten Besitz an dem Kaufgegenstand zu verschaffen. Diese Voraussetzungen seien im Falle der Haftung des Käufers aus § 419 nicht erfüllt. Ansprüche der Gläubiger gegen den Verkäufer, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden, und auch gegen den Käufer als Vermögensübernehmer hätten geltend gemacht werden können, gäben den Gläubigern keine obligatorischen Ansprüche auf den Kaufgegenstand selbst. Der

⁶¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 59

⁶² In NJW 1978, 370, 371; noch offengelassen in BGHZ 55, 105, 110 = NJW 1971, 505 ff.

Vermögensübernehmer sei auch rechtlich nicht in der Veräußerung über den Kaufgegenstand beschränkt. Die Vermögensübernahme führe nur zu einer Mithaftung des Übernehmers, die sich dann im Wege der Zwangsvollstreckung auf Antrag des Übernehmers auf das übernommene Vermögen beschränke. Der Kaufgegenstand selbst bleibe frei von Rechten Dritter. Dem sind insbesondere Köhler und H. P. Westermann entgegengetreten ⁶³.

Köhler will - wie bei den öffentlich-rechtlichen Beschlagnahmefugnissen ⁶⁴ - danach differenzieren, ob ein Gläubigerzugriff auf den Kaufgegenstand tatsächlich erfolgt ist oder nicht.

Für den Fall, daß der Zugriff erfolgt ist, sollen dem Käufer die Rechte aus §§ 434, 440 zustehen, sofern er gutgläubig im Sinne des § 439 gewesen ist. Westermann meint, die Beschränkungsmöglichkeit des Übernehmers nach § 419 II rechtfertige zumindest die analoge Anwendung des § 434.

Einer Entscheidung dieses Meinungsstreits bedarf es jedoch schon deshalb nicht, weil der Gesetzgeber für den Fall des Erbschaftskaufs in § 2376 I eine erschöpfende Aufzählung der Rechtsmängel vorgenommen hat ⁶⁵, für die eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers besteht. Danach muß der Verkäufer nur dafür einstehen, daß nicht die unbeschränkbare Haftung gegenüber den Nachlaßgläu-

⁶³ Vgl. Staudinger-Köhler, § 434 Rdnr. 12 und Münchener-Kommentar-H. P. Westermann, § 434 Rdnr. 6; während Siller, Gruchot 71 (1931), 179, 202 einen derartigen Anspruch ebenso dahinstehen läßt wie Rospatt, JR 1934, 61 ff.

⁶⁴ Zur Rechtsmängelhaftung in diesen Fällen vgl. nur RGZ 96, 80; 101, 415; 102, 292; 105, 273 und 111, 86 sowie weitere Nachweise bei Staudinger-Köhler, § 434 Rdnr. 11

⁶⁵ Herrschende Meinung; vgl. nur Erman-Schlüter, § 2376 Rdnr. 1 und Soergel-Damrau, § 2376 Rdnr. 1; von Lübtow, S. 1082; Staudinger-Ferid-Cieslar, § 2376 Rdnr. 4 und 9 sowie Münchener-Kommentar-Musielak, § 2376 Rdnr. 2

bigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist (vgl. § 2383 I S. 2).

Zwar ist es auch bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter nicht ausgeschlossen, daß der Erbe bereits unbeschränkt im Sinne des § 2383 I S. 2 haftete ⁶⁶. Dies ist jedoch nur eine und wohl auch die seltenere Fallgestaltung und berechtigt daher nicht zu einer verallgemeinernden Schlußfolgerung dergestalt, das Nachlaßverwaltungs- oder Nachlaßkonkursverfahren würde generell bei Anwenbarkeit der §§ 2382, 2382 wegen der Rechtsmängelhaftung des Nachlasses bzw. der Nachlaßkonkursmasse beeinträchtigt werden.

Auch das zweite Argument, die Haftung des Erwerbers nach § 419 sei unvereinbar mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Konkursverfahrens, ist nur für den Kauf der Nachlaßkonkursmasse im Ganzen und auch nur dann verwertbar, wenn der Erbe noch nicht unbeschränkt haftete. In diesem Fall hätte auch der Erwerber die Möglichkeit, sich auf die Haftungsbeschränkung zu berufen. Das hätte hier wie dort die Folge, daß der insbesondere in § 3 KO zum Ausdruck kommende Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt wäre, weil die Gläubiger bei Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 in einem ungeordneten Verfahren auf den Nachlaß Zugriff nehmen könnten, während sie im Konkursverfahren selbst an eine bestimmte Rangordnung gebunden sind. Anders als bei § 419, wo die Frage, ob das übernommene Vermö-

⁶⁶ Sowohl der unbeschränkt haftende Erbe wie auch die Nachlaßgläubiger sind berechtigt, die Nachlaßkonkursverwaltung zu beantragen, §§ 216 I, 217 I KO; die Nachlaßverwaltung können dagegen bei unbeschränkbarer Haftung des Erben nur die Nachlaßgläubiger, nicht aber der Erbe selbst beantragen, § 2013 I S. 1, 2. Hs., II und § 1981 II; vgl. ferner Schlüter, § 54 III 2 cc. und Siber, Haftung, S. 88 und 89 auch zur Kritik am Ausschluß des unbeschränkt haftenden Erben vom Antragsrecht

gen einem Sonderkonkurs zugeführt werden kann, umstritten ist ⁶⁷, hätte der Erwerber in diesem Fall auch unproblematisch die Möglichkeit, ein weiteres Mal den Nachlaßkonkurs zu beantragen. Die in der Tat unsinnige Folge hieraus wäre, daß die Liquidation ein und desselben Nachlasses in zwei Verfahren doppelte Kosten verursachen würde.

Für die in den §§ 1975 ff. geregelte Nachlaßverwaltung fehlt es an einem solchen Gleichbehandlungsgrundsatz. Zudem sind diese Erwägungen auch auf das Nachlaßkonkursverfahren dann nicht übertragbar, wenn der Erbe im Zeitpunkt der Veräußerung durch den Nachlaßkonkursverwalter bereits unbeschränkt haftete.

Zwar wird durch Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs mit Rückwirkung auf den Erbfall der Nachlaß des Erben von seinem Eigenvermögen dadurch getrennt, daß er durch den Abwicklungszweck in einer besonderen Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Verwalters gebunden ist ⁶⁸.

Der Nachlaß ist damit als Sondervermögen gegenüber dem Eigenvermögen des Erben mit der Folge gesondert, daß die Nachlaßgläubiger nur Befriedigung aus dem Nachlaß verlangen können, wenn der Erbe beschränkt haftet.

Haftet er aber unbeschränkt, können die Nachlaßgläubiger auch aus seinem Eigenvermögen Befriedigung verlangen, ohne an das sich nur auf den Nachlaß erstreckende Nachlaßkonkursverfahren und die in ihm geltenden Regeln gebunden zu sein. In diesem Fall entstehen also bei Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 keine Widersprüche zum Gleichbehandlungsgrundsatz des Konkursverfahrens. Die Haftung nach § 2383 I 2 könnte jedenfalls nicht deswegen ausgeschlossen werden.

⁶⁷ Vgl. hierzu oben unter B I 1 a

⁶⁸ §§ 1984 I, 1985; §§ 6-8 KO; vgl. ferner Schlüter, § 54 III

Zwischenergebnis:

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, daß keines der vom Schrifttum entwickelten Argumente für einen Ausschluß der Haftung nach § 419 bei Veräußerung des Vermögens durch den Konkursverwalter uneingeschränkt auch nur auf die Veräußerung der Erbschaft durch den Nachlaßkonkursverwalter übertragbar ist, geschweige denn auf die Veräußerung durch den Nachlaßverwalter. Soweit speziell die Haftung des Erwerbers gem. den §§ 2382, 2383 bei Veräußerung der Erbschaft durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter ausgeschlossen wird, hat sich die hierzu entwickelte Argumentation als nicht tragfähig erwiesen.

Weitergehende Aufschlüsse versprechen daher nur noch die Begründungen, mit denen insbesondere das Reichsarbeitsgericht und der Bundesgerichtshof die Haftung nach § 419 bei Veräußerung des Schuldnervermögens durch den Konkursverwalter ablehnen ⁶⁹, indem sie darauf abstellen, daß das Konkursverfahren ein in sich geschlossenes Verfahren mit dem Ziel der Gläubigerbefriedigung und mit ausreichendem Gläubigerschutz ist, neben dem für § 419 deshalb kein Platz mehr sein soll.

Ob diese Begründung übertragbar ist und eine teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 mit dem Ergebnis des Ausschlusses der Haftung des Erwerbers nach diesen Vorschriften bei Veräußerung der Erbschaft durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter erfordert, soll im folgenden untersucht werden.

⁶⁹ Das oben zitierte Argument des BAG zur Ablehnung der Haftung nach § 25 HGB dürfte hingegen ebensowenig geeignet sein, diese Frage zu beantworten wie die praktisch gleichlautende Argumentation Henckels; vgl. hierzu oben unter bb)

cc) Ausschluß der Haftung nach den §§ 2382, 2383 wegen ausreichender Gewährleistung des Gläubigerschutzes bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs

Das Gesetz bezeichnet die Nachlaßverwaltung als Nachlaßpflegschaft zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger (§§ 1975, 1960), weshalb auf sie auch die allgemeinen Vorschriften über die Pflegschaft (§§ 1915 ff.) und damit die für die Vormundschaft geltenden Rechtsvorschriften (§§ 1773 ff.) entsprechend anzuwenden sind, soweit nicht besondere Vorschriften oder der besondere Zweck der Befriedigung der Nachlaßgläubiger entgegenstehen ⁷⁰. Hauptaufgabe der Nachlaßverwaltung ist die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten. Nur zu diesem Zweck hat der Nachlaßverwalter auch die ausschließliche Verwaltungs- und Verfügungsmacht über den Nachlaß ⁷¹. Er steht insoweit dem Nachlaßkonkursverwalter gleich und hat auch dessen Rechtsstellung, obwohl nach der gesetzlichen Terminologie die Nachlaßverwaltung eine besondere Art der Nachlaßpflegschaft ist ⁷².

Die Nachlaßkonkursverwaltung unterscheidet sich von diesem Hauptzweck der Nachlaßverwaltung nur insoweit, als sie noch stärker als diese den Interessen der Nachlaßgläubiger zu dienen bestimmt ist, die durch die Verteilung der nicht ausreichenden Nachlaßwerte nach der gesetzlichen Rang-

⁷⁰ Vgl. nur RGZ 135, 305, 307

⁷¹ Vgl. § 1984 I S. 2 i. V. m. §§ 7 und 8 KO sowie § 1985 I; ferner Strohal, § 79 III, S. 280; Dernburg, § 130 V, S. 364; Lange-Kuchinke, § 51 II, 1, S. 864 und RGZ 135, 305, 307

⁷² Vgl. nur Schlüter, § 54 III 3; Strohal, § 79 III, S. 280, 281

folge ⁷³ zu einer gleichmäßigen und gerechten Beteiligung gelangen ⁷⁴.

Fraglich ist zum einen, inwieweit dieser vom Gesetz mit der Nachlaßverwaltung und der Nachlaßkonkursverwaltung beabsichtigte Gläubigerschutz gesichert ist (hierzu nachfolgend unter (1)). Zu prüfen ist weiter, ob bei Veräußerung einer Erbschaft durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter der Schutz der Nachlaßgläubiger noch eine zusätzliche Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 erfordert bzw. inwieweit beide Verfahren als in sich geschlossene und abschließende Systeme des Gläubigerschutzes angesehen werden können (hierzu nachfolgend unter (2)). Nur wenn diese Untersuchung in die Feststellung mündet, daß der Gläubigerschutz bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter ausreichend gewährleistet ist bzw. der Gläubigerschutz in beiden Verfahren abschließend geregelt sein soll, kann ein Ausschluß der Haftung des Erwerbers gem. §§ 2382, 2383 bei Veräußerung der Erbschaft durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter in Betracht kommen.

(1) Gewährleistung des Gläubigerschutzes bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs

Der vom Gesetz mit der Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkursverwaltung beabsichtigte Zweck, zu einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger zu gelangen, ist in mehrfacher Beziehung abgesichert.

⁷³ Vgl. hierzu nur Schlüter, § 54 IV 5

⁷⁴ So Lange-Kuchinke, § 51 II 1, S. 864 und Dernburg, § 131 I, S. 367, der vom korrektesten Weg zur Verteilung des Nachlasses unter die Nachlaßgläubiger spricht

(a) Bestellung der Verwalter durch das Gericht

Zuständig für die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist das Nachlaßgericht (§§ 1981, 1962; §§ 72, 75 FGG), hier der Rechtspfleger (§§ 3 Nr. 2; 16 I Nr. 1 RPflG). Sofern die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht schon durch die Bestellung des Nachlaßverwalters geschieht, erfolgt diese im Anschluß an die Anordnung der Nachlaßverwaltung. Dabei steht die Auswahl des Nachlaßverwalters im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlaßrichters ⁷⁵. Bei der Auswahl und Ausübung des Ermessens hat der Nachlaßrichter folgendes zu beachten:

Zunächst muß der Nachlaßverwalter unbeteiligter Dritter sein, darf also weder zum Erben noch zu den Nachlaßgläubigern in Beziehung stehen ⁷⁶. Er muß zuverlässig und zur Führung des Amtes geeignet sein, d. h., der Nachlaßrichter muß sorgfältig prüfen, ob die auszuwählende Person nach der Lage des Einzelfalles, Art und Umfang der Verwaltung, Vorhandensein rechtlicher Schwierigkeiten usw. für die ihr obliegende Aufgabe geeignet erscheint ⁷⁷. Diese Eignung ist in der Regel nur dann gegeben, wenn der Verwalter hinreichende Kenntnisse des Erbrechts besitzt und in der Lage ist, ein Vermögen ordnungsgemäß zu verwalten und zu verwerten, was wiederum in der Regel nur dann gewährleistet ist, wenn die auszuwählende Person Erfahrung besitzt ⁷⁸. Sind Rechtsfragen von größerer Bedeutung zu klären, muß der Nachlaßrichter erwägen, einen Rechtskundigen, insbesondere einen Rechtsanwalt, zum Verwalter zu bestellen ⁷⁹.

⁷⁵ §§ 1962, 1915, 1779; vgl. ferner Brand-Kleeff, S. 512

⁷⁶ Brand-Kleeff, a. a. O., Fn. 79 m. w. N. auch für abweichende Ansichten

⁷⁷ Brand-Kleeff, S. 461, 462; Möhring, S. 170

⁷⁸ Brand-Kleeff, S. 461, 462; Möhring, S. 170; auch Karpe, in Lange, 3. Denkschrift, S. 123

⁷⁹ Brand-Kleeff, a. a. O., Fn. 81 und 82

Für das Nachlaßkonkursverfahren ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat (§ 214 KO). Auch der Konkursverwalter wird vom Gericht ernannt (§ 78 KO).

Zum Konkursverwalter ist eine geschäftskundige, von den Gläubigern wie auch vom Gemeinschuldner unabhängige Person zu bestellen, wobei insbesondere Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Buchprüfer oder sonstige entsprechend vorgebildete Personen in Betracht kommen. Ob eine mehr rechtlich oder eine mehr wirtschaftlich vorgebildete Persönlichkeit in Frage kommt, hängt naturgemäß davon ab, welche Fragen im Konkursverfahren im Vordergrund stehen ⁸⁰.

Eine Besonderheit gegenüber der Nachlaßverwaltung ergibt sich aus der für den Nachlaßkonkurs geltenden Vorschrift des § 80 KO. Danach haben die Konkursgläubiger in der auf die Ernennung des Konkursverwalters folgenden Versammlung das Recht, statt des Ernannten eine andere Person zum Konkursverwalter zu wählen. Das Gericht kann zwar die Ernennung des Gewählten versagen (§ 80 S. 2 KO), darf dies jedoch nicht willkürlich, sondern nur bei Vorliegen eines triftigen Grundes ⁸¹. Daß damit die Gläubiger den Konkursverwalter haben müssen, den sie wollen und nicht den, den das Gericht will ⁸², ist allerdings eine zu weitgehende Interpretation dieses Wahlrechts. Kilger ⁸³

⁸⁰ Böhle-Stamschräder/Kilger, KO § 78 Anm. 1; Kuhn-Uhlenbruck, KO § 78 Rdnr. 2; diese Auswahlkriterien hat auch der Reichsjustizminister mit Verordnung vom 4.11.1935, wiedergeben in Anhang V bei Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, sowie JW 1935, 3452, sämtlichen Gerichten für die Auswahl der Konkursverwalter als maßgebend vorgeschrieben

⁸¹ Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 80 Rdnr. 2

⁸² So Wild, KTS 1982, 63

⁸³ KO, § 80 Anm. 1

und Uhlenbruck ⁸⁴ halten dem zu Recht entgegen, daß dies auf ein Vorschlagsrecht der Gläubiger hinauslaufen würde, das diese nach der Konkursordnung gerade nicht haben ⁸⁵.

(b) Die Aufgaben des Nachlaß- und des Nachlaßkonkursverwalters

Nach § 1985 I hat der Nachlaßverwalter den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß zu berichtigen. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung geht diese Befugnis dem Erben verloren (§ 1984 I S. 1) und auf den Nachlaßverwalter über. Auch ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden (§ 1984 I S. 3). Zuerst hat der Nachlaßverwalter den Nachlaß in Besitz zu nehmen ⁸⁶. Welche Pflichten den Nachlaßverwalter zusätzlich treffen, bevor er an die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten gehen kann, hat der Bundesgerichtshof zuletzt in einer Entscheidung vom 11.7.1984 ⁸⁷ beschrieben. Danach trifft ihn - ebenso wie den Erben - die Pflicht, vor einer Zahlung an die Nachlaßgläubiger sorgfältig zu prüfen, einerseits welche Nachlaßverbindlichkeiten vorhanden sind und in Zukunft noch entstehen können, sowie andererseits, welche Nachlaßaktiva zum Nachlaß gehören und welchen Erlös er aus der Verwertung der Aktiva erlangen wird. Hierzu wird es in aller Regel einer möglichst vollständigen Sichtung des Nachlasses, eingehender Durcharbeitung der Unterlagen des Erblassers, Rückfragen zum Beispiel bei Angehörigen und möglichen Vertragspartnern und auch son-

⁸⁴ KO. § 78 Rdnr. 2 und § 80 Rdnr. 2

⁸⁵ Vgl. a.a.O., § 80 Rdnr. 2

⁸⁶ § 1985 I S. 1; Strohal, § 79 III, S. 281; Brand-Kleeff, S. 516

⁸⁷ FamRZ 1984, 1004 ff., 1005

stiger Ermittlungen bedürfen. Auch wenn es sich sonst um (scheinbar) klare und übersichtliche Verhältnisse handelt, ist es im allgemeinen geboten, daß der Nachlaßverwalter die Nachlaßaktiva und -passiva vollständig erfaßt und bewertet und mindestens in groben Zügen aufzeichnet. Hat der Nachlaßverwalter Grund zu der Annahme, daß Nachlaßverbindlichkeiten vorhanden sind, die ihm trotz aller gebotenen Klärungsversuche noch nicht bekannt geworden sind (§ 1980 II S. 2), dann muß er grundsätzlich auch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragen. Darüber hinaus hat der Nachlaßverwalter die Pflicht, das von ihm aufgenommene Nachlaßverzeichnis mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit dem Nachlaßgericht einzureichen ⁸⁸. Ohne ein solches Vorgehen darf der Nachlaßverwalter nicht von der Zulänglichkeit des Nachlasses ausgehen und demgemäß keine Nachlaßverbindlichkeit berichtigen (§§ 1985 II, 1979) ⁸⁹. Kann er aber ohne Fahrlässigkeit davon ausgehen, der Nachlaß reiche für alle aus, kann er die Nachlaßgläubiger so befriedigen, wie sie sich bei ihm melden ⁹⁰. Haben seine Nachforschungen aber ergeben, daß eine für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger ausreichende Masse nicht vorhanden, der Nachlaß vielmehr überschuldet ist, muß der Nachlaßverwalter unverzüglich die Eröffnung des Nachlaßkonkurses gem. § 217 KO oder, falls nach § 2 VglO ein solcher Antrag zulässig ist, die

⁸⁸ Vgl. Strohal, § 79 III, S. 281, 282; Brand-Kleeff, S. 516 sowie zum ganzen RGRK-Johannsen, § 1979 Rdnr. 7; Staudinger-Marotzke, § 1979 Rdnr. 5; Münchener-Kommentar-Siekmann, § 1979 Rdnr. 3; Soergel-Stein, § 1985 Rdnr. 14 und Planck-Flad, § 1979 Anm. 1 und 2

⁸⁹ Vgl. BGH FamRZ 1984, 1005; Lange-Kuchinke, § 51 II 4 f., S. 875 sowie die Nachweise in Fn. 88

⁹⁰ Brand-Kleeff, S. 518; Lange-Kuchinke, § 51 II 4 f.; S. 874; Schlüter, § 54 IV 2

Eröffnung des Vergleichsverfahrens für den Nachlaß beantragen (§§ 1985 II, 1980).

Wie der Nachlaßverwalter bei ausreichender Masse die Nachlaßschulden berichtigt, ist seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen ⁹¹. Er muß daher auch sorgfältig prüfen, wann und auf welche Weise er den Nachlaß liquidiert. Er muß sich hüten, aus seiner Nachlaßverwaltung durch Zerschlagen von Wirtschaftseinheiten zwangsläufig den Nachlaßkonkurs oder das Nachlaßvergleichsverfahren vorzubereiten ⁹². Ist nur durch Veräußerung des Nachlasses im ganzen die Berichtigung der Verbindlichkeiten zu erreichen, muß er dementsprechend handeln.

Die Aufgaben des Nachlaßkonkursverwalters sind im wesentlichen gleich gestaltet.

Oberste Pflicht des Konkursverwalters ist die Befriedigung der Gläubiger durch Verwertung der Masse (§ 117 I KO), die der Konkursverwalter sofort nach Eröffnung des Verfahrens in Besitz zu nehmen hat (§ 117 I KO) ⁹³. Auch der Konkursverwalter muß die einzelnen, zum Nachlaß gehörenden Gegenstände unter Angabe ihres Wertes aufzeichnen, dabei sogar notfalls einen Sachverständigen hinzuziehen (§ 123 KO). Er hat ein Inventar und eine Bilanz aufzustellen (§ 124 KO) und muß den Gemeinschuldner zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung laden (§ 125 KO). Wie der Nachlaßverwalter kann auch der Nachlaßkonkursverwalter nach pflichtgemäßem Ermessen die Art und den Zeitpunkt der Veräußerungen der Massegegenstände bestimmen ⁹⁴. Bei der Befriedigung der Nachlaßgläubiger

⁹¹ von Lübtow, S. 1142; Möhring, S. 184; Brand-Kleeff, S. 516

⁹² So auch Möhring, S. 184

⁹³ Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 82 Rdnr. 3

⁹⁴ Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 117 Rdnr. 11; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, § 117 Anm. 4; OLG Düsseldorf, KTS 1973, 271 ff.

hat er die Rangfolge des § 226 KO zu beachten. Anders als der Nachlaßverwalter hat er aber für die gleichmäßige Befriedigung der nicht bevorrechtigten und nicht zurückgesetzten Gläubiger durch Abschlags- und Schlußverteilungen zu sorgen (§§ 149, 161 KO) ⁹⁵. Zuvor muß er jedoch die Masse bereinigen und hierbei z. B. die Aus- und Absonderungsrechte berücksichtigen sowie die Massegläubiger aus dem Nachlaß vorweg befriedigen (§ 57 KO). Die Absonderungsgläubiger (§§ 43 ff. KO) sind am Nachlaßkonkursverfahren überhaupt nicht beteiligt. Die Absonderungsberechtigten befriedigen sich außerhalb des Verfahrens und nehmen nur mit ihrem Ausfall an dem Konkurs teil (§§ 47 ff., 64 KO). Die Absonderungsrechte werden zudem durch § 221 I KO beschränkt.

(c) Aufsicht durch Nachlaß- bzw. Nachlaßkonkursgericht

Im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit untersteht der Nachlaßverwalter gem. §§ 1915, 1837 der Aufsicht des Nachlaßgerichts. Nach § 1837 I hat das Nachlaßgericht gegen Pflichtwidrigkeiten des Nachlaßverwalters durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten. Zur Befolgung seiner Anordnungen kann das Nachlaßgericht den Nachlaßverwalter durch Ordnungsstrafen anhalten (§ 1837 II). Anlaß zum Einschreiten gegen den Nachlaßverwalter besteht insbesondere dann, wenn dieser dem Zweck der Nachlaßverwaltung, die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, zuwiderhandelt ⁹⁶.

Grundlage für die Prüfung der Amtsausübung des Nachlaßverwalters ist das von diesem einzureichende Nachlaßverzeichnis ⁹⁷. Ferner muß der

⁹⁵ Vgl. hierzu auch Schlüter, § 54 IV 2; von Lübtow, S. 1151

⁹⁶ Brand-Kleeff, S. 476

⁹⁷ Vgl. oben unter b)

Nachlaßverwalter dem Nachlaßgericht auf dessen Verlangen hin jederzeit über die Führung der Verwaltung und über die Nachlaßangelegenheiten Auskunft erteilen (§ 1839), sowie über die Verwaltung jährlich Rechnung legen (§ 1840). Die Rechnungslegung soll nach § 1841 eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten, über den Abgang und Zugang des Nachlaßvermögens Auskunft geben und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, mit solchen versehen sein.

Das Nachlaßgericht hat die Rechnung rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen und, soweit erforderlich, ihre Berichtigung und Ergänzung herbeizuführen (§ 1843 I). Wichtigste Einflußmöglichkeit des Nachlaßgerichtes ist aber die Entscheidung über die Genehmigung eines nach den §§ 1821, 1822 genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts⁹⁸. Die Beaufsichtigung und daraus etwa folgende Anweisungen haben jedoch dort ihre Grenze, wo es um reine Zweckmäßigkeitsfragen geht. Da der Nachlaßverwalter für seine Verwaltungsmaßnahmen nicht nur gegenüber dem Erben (§§ 1915, 1833), sondern auch gegenüber den Nachlaßgläubigern auf Schadensersatz haftet (§ 1985 II; hierzu näher unten unter (d)), ist er gleichzeitig zur Wahrung der Interessen beider Beteiligten verpflichtet. Daraus folgt, daß auch sein Beurteilungs- und Ermessensspielraum entsprechend weit ausgestaltet sein muß⁹⁹. Andererseits hat das Nachlaßgericht neben der Pflicht zur Aufsicht auch die Pflicht, den Nachlaßverwalter bei seiner Amtsführung zu unterstützen. Es muß für die Folgen mangelnder Aufsicht den Nachlaßgläubigern haften¹⁰⁰.

⁹⁸ Dies verdeutlicht auch die Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht des Gerichtes vor Genehmigungserteilung, vgl. neuestens BGH NJW 1986, 2829 ff

⁹⁹ Möhring, S. 185; Brand-Kleeff, S. 476; Lücke, S. 98; RGZ 65, 287; 88, 264; 135, 305; 150, 189

¹⁰⁰ Möhring, S. 186; Brand-Kleeff, S. 476

Der Nachlaßkonkursverwalter untersteht der Aufsicht des Konkursgerichtes (§§ 83, 84 KO). Dem Konkursgericht stehen dabei praktisch dieselben Aufsichtsmittel zur Verfügung wie dem Nachlaßgericht: So kann es vom Konkursverwalter jederzeit Auskunft über den Verfahrensablauf verlangen, Bücher und Belege einsehen sowie das Kassenbuch prüfen ¹⁰¹. Nach § 84 KO kann das Gericht gegen den Konkursverwalter zwecks Befolgung seiner Anordnungen nach vorheriger Androhung ein Zwangsgeld festsetzen (§ 84 II S. 1 i. V. m. § 84 I S. 1 KO) ¹⁰². Darüber hinaus hat das Konkursgericht auch die Möglichkeit, den Verwalter zu entlassen (§ 84 I S. 2 KO). Wie bei der Nachlaßverwaltung ist auch bei der Nachlaßkonkursverwaltung die Aufsicht des Konkursgerichts in erster Linie eine Rechtmäßigkeitskontrolle. Eine Überprüfung der Zweckmäßigkeit kann demgegenüber nur dann erfolgen, wenn die Maßnahme offensichtlich unzweckmäßig ist ¹⁰³. Darüber hinaus untersteht der Nachlaßkonkursverwalter auch der Aufsicht durch den Gläubigerausschuß (§ 88 KO). Dessen Aufsichtsbefugnisse decken sich im wesentlichen mit denen des Nachlaßkonkursgerichtes (vgl. § 88 KO). Die Bestellung des Gläubigerausschusses durch das Konkursgericht ist jedoch nur fakultativ (§ 87 I KO). Schließlich ist noch die Gläubigerversammlung, die Generalversammlung der Konkursgläubiger ¹⁰⁴ zu erwähnen, der neben der Wahl des Konkursverwalters (§ 80 KO), und des Gläubigerausschusses (§ 87 II

¹⁰¹ Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, § 83 Anm. 1; Lüke, S. 20

¹⁰² Dabei handelt es sich um ein Erzwingungs- und kein Strafmittel: vgl. Lüke, S. 20 unter Fn. 13 mit weiteren Nachweisen

¹⁰³ Vgl. Lüke, S. 20; Baur/Stürner, § 54 II 2 d, bb; Kuhn-Uhlenbruck, § 83 Rdnr. 5; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, § 83 Anm. 1 m. w. N.; zu Ausnahmen siehe Lüke, S. 20 mit Nachweisen dort unter Fn. 16

¹⁰⁴ So zutreffend Lüke, S. 21

KO), die Entgegennahme von Berichten durch den Konkursverwalter obliegt (§§ 131, 132 II, 86 KO). Die Gläubigerversammlung hat daneben wichtige Beschlußfunktionen, unter anderem über die Schließung oder Weiterführung des gemeinschuldnerischen Geschäfts (§ 132 I KO).

(d) Haftung der Verwalter gegenüber den Nachlaßgläubigern

Die Tätigkeit des Nachlaßverwalters zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (§ 1975) begründet nach herrschender Meinung ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Verwalter und Gläubigern¹⁰⁵. Der Nachlaßverwalter haftet gem. § 1985 II S. 1 (auch) den Nachlaßgläubigern für die ordentliche Erfüllung seiner Amtspflicht¹⁰⁶, und zwar für jeden, durch schuldhaftes Pflichtverletzung entstandenen Schaden¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vgl. RGZ 150, 190; Erman-Schlüter, § 1985 Rdnr. 5; Schlüter, § 54 III 3 e; Münchener-Kommentar-Siegmann, § 1985, Rdnr. 11; Möhring, S. 186; mißverständlich insoweit Staudinger-Lehmann, 11. Aufl., § 1985 Rdnr. 15 und KG DJZ 1905, 651, 652, wonach durch die Bestellung auch ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zwischen dem Nachlaßverwalter und den Gläubigern begründet werde, aufgrund dessen er in entsprechender Anwendung des § 1978 I Gläubigern wie ein Beauftragter für jede Fahrlässigkeit hafte. Richtig ist demgegenüber, daß sich die Haftung allein aus § 1985 II S. 1 ergibt. Der Verweis auf § 1978 I, der die Haftung des Erben nach den Grundsätzen der GoA für die Verwaltung des Nachlasses bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung regelt, ist wegen der eigenständigen Haftungsregelung für den Nachlaßverwalter schon überflüssig. Zudem können nach § 1985 II S. 2 nur die §§ 1978 II, 1979, 1980 entsprechende Anwendung finden.

¹⁰⁶ Den Erben nach den §§ 1915, 1833

¹⁰⁷ Staudinger-Lehmann, 11. Aufl., § 1985 Rdnr. 15; Münchener-Kommentar-Siegmann, § 1985 Rdnr. 11; dabei gehören zu den Nachlaßgläubigern auch die Personen, die erst durch die Nachlaßverwaltung Gläubiger des Nachlasses werden; unstr.; vgl. z.B. von Lübtow, S. 1142 und Lücke, S. 99

Die Anordnung dieser Haftung ist aus zwei Gründen notwendig: Zum einen bietet das oben näher behandelte Aufsichtsrecht des Nachlaßgerichts den Nachlaßgläubigern keinen ausreichenden Schutz. Zum anderen versagt die Möglichkeit, sich die Ansprüche des Erben gegen den Nachlaßverwalter überweisen zu lassen, dann, wenn der Erbe mit einer gläubigerschädigenden Handlung des Verwalters einverstanden gewesen ist oder wenn dem Erben aus einer solchen Handlung kein Schaden erwächst ¹⁰⁸. Nach §§ 1978 II, 1985 II gehören die Ansprüche der Gläubiger zum Nachlaß, sind daher gegebenenfalls von einem Neubestellten Nachlaßverwalter oder, wenn der Nachlaß gerade auch aufgrund dieser Ansprüche überschuldet ist, vom Nachlaßkonkursverwalter gegenüber dem Nachlaßverwalter, der hierfür mit seinem Privatvermögen haftet, geltend zu machen ¹⁰⁹. Kommt jedoch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch unter Berücksichtigung dieser Ansprüche wegen mangelnder Masse nicht in Betracht, kann auch der einzelne Nachlaßgläubiger gegen den Nachlaßverwalter vorgehen ¹¹⁰. Typisches Beispiel für den Eintritt der Haftung des Nachlaßverwalters ist insbesondere die Versäumung der Beantragung des Nachlaßkonkurses trotz Erkennbarkeit der Überschuldung des Nachlasses ¹¹¹. Daß auch andere wirtschaftliche Fehleinschätzungen für die Auslösung der Haftung in Betracht kommen, zeigt eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der dem Nachlaßverwalter der Vorwurf gemacht wird, das durch die Veräußerung eines zum Nachlaß gehö-

¹⁰⁸ So Planck-Flad, § 1985 Anm. 3

¹⁰⁹ Planck-Flad, § 1985 Anm. 3; Möhring, S. 187

¹¹⁰ Planck-Flad, a.a.O. Fn. 112; Möhring, a.a.O., Fn. 109 zugleich mit einer weiteren Ausnahme; Erman-Schlüter, § 1985 Rdnr. 5 a.E.; Staudinger-Lehmann, 11. Aufl., § 1985 Rdnr. 15; Münchener-Kommentar-Siegmann, § 1985 Rdnr. 11 a.E.

¹¹¹ §§ 1979, 1980; vgl. die Nachweise unter Fn. 110

renden Grundstücks erzielte Entgelt nicht verzinslich, sondern in Gold angelegt zu haben ¹¹².

Auch für den Konkursverwalter hat der Gesetzgeber mit § 82 KO eine spezielle Haftungsnorm geschaffen ¹¹³, die von der herrschenden Meinung sehr weit ausgelegt wird. Dies gilt zum einen hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der "Beteiligten", wozu neben den Konkursgläubigern auch die Aus- und Absonderungsberechtigten sowie die Massegläubiger gezählt werden ¹¹⁴.

Zum anderen gilt dies für den Einsatzzeitpunkt der Haftung. Denn auch eine Handlung, die die Gläubigerstellung erst begründet, soll schon eine Haftung nach § 82 KO auslösen können ¹¹⁵.

Schließlich sieht § 82 KO ebensowenig wie § 1985 II S. 1 für den Nachlaßverwalter eine Begrenzung des Schadensersatzanspruches auf bestimmte Rechtsgutverletzungen, wie in § 823 I, vor. Wie bei § 1985 II S. 1 ist Voraussetzung für den Eintritt der Haftung lediglich die schuldhafte Verletzung einer Pflicht und ein hieraus entstandener Scha-

¹¹² BGH FamRZ 1975, 576

¹¹³ Die Haftung des Konkursverwalters mit seinem eigenen Vermögen kann sich daneben aus einer Vielzahl öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Vorschriften ergeben; vgl. Lücke, S. 2 mit Beispielen

¹¹⁴ Sog. materiell-rechtlicher Beteiligtenbegriff in Abgrenzung zum rein verfahrensrechtlichen Beteiligtenbegriff; vgl. aus der Rechtsprechung z. B. BGH KTS 1958, 142 und OLG Koblenz KTS 1956, 60 sowie aus der Literatur: Böhle Stamschräder/Kilger, KO, § 82 Rdnr. 1; Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 82 Rdnr. 2 sowie ausführlich zum Meinungsstand und Kritik an der herrschenden Meinung: Lücke, S. 29 ff.

¹¹⁵ Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, § 82 Anm. 1; noch weitergehender OLG Celle ZIP 1982, 84, wonach die Haftung sogar für Handlungen eingreifen soll, die der spätere Konkursverwalter im Zeitraum zwischen Konkurseröffnung und Konkursantrag als gerichtlich bestellter Sachverständiger vorgenommen hat; insoweit offengelassen von BGH ZIP 1982, 1435

den. Auch hier ist der Schadensumfang theoretisch unbegrenzt und nicht aus der Konkursmasse, sondern aus dem Privatvermögen des Konkursverwalters zu ersetzen ¹¹⁶.

(e) Zusammenfassung zu (1):

Die bisherige Darstellung der Ziele des Nachlaßverwaltungs- und Nachlaßkonkursverfahrens sowie die Beschreibung der verschiedenen gesetzlichen Mechanismen, mit denen die den Verwaltern nach dem Gesetz zukommende Verwaltungs- und Verfügungsbezugnis (§§ 1984 I, 1985, §§ 6-8 KO) auf ihre Hauptaufgabe hin, die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, ausgerichtet, kontrolliert und abgesichert wird, hat ein ebenso umfassendes wie in sich geschlossenes System des Gläubigerschutzes aufgezeigt. Dies findet seinen Ausgangspunkt schon in der Auswahl der Verwalter, die - nach der sicherlich idealtypischen Vorstellung des Gesetzgebers - zuverlässig, neutral, geschäfts-/oder rechtskundig sein müssen und von einer ebenfalls unparteiischen Institution, nämlich dem Nachlaß- bzw. Konkursgericht, bestimmt werden.

Dies setzt sich fort in der Ausgestaltung der Aufgabenstellung, bei der die Verwalter gehalten sind, den Nachlaßbestand nach Aktiva und Passiva zu ermitteln und zu bewerten sowie die Nachlaßgläubiger festzustellen, um dann sorgfältig zu prüfen, auf welche Weise am günstigsten, sachgerecht und zweckmäßig die Befriedigung der Nachlaßgläubiger vorgenommen werden kann.

Dies zeigt sich weiter in der Beaufsichtigung der Amtsführung durch das Nachlaß- oder Konkursgericht

¹¹⁶ So auch Lüke, S. 3; der Konkursverwalter versucht dieses Risiko regelmäßig mindestens teilweise durch Abschluß einer speziellen Haftpflichtversicherung zu mindern; vgl. hierzu Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, § 82 Anm. 6 und Lüke, S. 3 und 206 ff.

und schließlich in der gesetzlich angeordneten Haftung der Verwalter mit ihrem Privatvermögen selbst bei nur leicht fahrlässiger Verletzung ihrer umfänglichen Pflichten.

(2) Vergleich der Risikosituation bei Verkauf einer Erbschaft durch den Erben und durch Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter

Bereits eingangs dieses Abschnittes wurde als maßgeblicher Grund für die Notwendigkeit der speziellen Haftungsregeln in den §§ 2382, 2383 der Erhalt der Haftungsgrundlage wegen der Fungibilität des vom Erwerber gezahlten Entgelts aufgezeigt. Ein weiteres typisches Risiko des Erbschaftsverkaufes hat schon der historische Gesetzgeber darin gesehen, daß der Erbe, der die Erbschaft als solche veräußert, mangels hinreichender Übersicht leicht Gefahr läuft, sich hinsichtlich der Wertbemessung zu verschätzen und insbesondere von gewerbsmäßigen Spekulanten übervorteilt zu werden droht¹¹⁷. Gerade bei Veräußerung der Erbschaft als solcher besteht also auch für die Nachlaßgläubiger das Risiko, daß das gezahlte Entgelt unter dem tatsächlichen Wert der Nachlaßgegenstände liegt, sie also bei Beschränkung der Haftung des Erben auf das Entgelt mit einem Teil ihrer Forderungen ausfielen. Auch hier hilft ihnen also die Regelung der §§ 2382, 2383, wonach sie sich nicht nur durch das gezahlte Entgelt, sondern auch durch die Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände befriedigen können.

Diese typischen Risiken beim Verkauf einer Erbschaft durch den Erben ergeben sich bei Veräußerung durch den Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter für die Gläubiger nicht

¹¹⁷ Vgl. hierzu 1. Abschnitt unter C II 1 a

Schon die Auswahlkriterien, die das Nachlaß- bzw. Konkursgericht bei Bestimmung des Verwalters zu beachten hat, gewährleisten in der Regel nicht nur die Neutralität der Verwalter, sondern insbesondere auch die Sachkunde und Erfahrung bei Be- und Verwertung des Nachlasses, die dem Erben regelmäßig fehlen dürften. Dies wirkt sich dann auch vorteilhaft für die Entscheidung darüber aus, ob und gegebenenfalls wie der Nachlaß zu veräußern ist. Der Erbe verfolgt in der Regel ausschließlich seine eigenen Interessen und wird häufig, ob aus "Freude über den unentgeltlichen Vermögenszuwachs" oder um sich die Lästigkeit einer genauen Bestandsermittlung zu ersparen, "schnelles Geld" einer exakten und langwierigen Wertermittlung des Nachlasses vorziehen.

Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter sind dagegen verpflichtet, die Nachlaßaktiva und -passiva genau zu ermitteln und zu bewerten, und dürfen erst dann einen Verkauf des ganzen Nachlasses ins Auge fassen, wenn sie nach sorgfältiger Prüfung zu dem Ergebnis gelangt sind, daß dies insbesondere für die Nachlaßgläubiger der günstigste Weg ist, entweder alle Nachlaßverbindlichkeiten zu befriedigen - dies ist für den Nachlaßverwalter maßgebend - oder eine möglichst hohe Quote zu erzielen - was für den Nachlaßkonkursverwalter bestimmend ist ¹¹⁸.

Hinsichtlich dieser Entscheidung sind die Nachlaßgläubiger gleich mehrfach abgesichert: zum einen bedarf die Veräußerung des gesamten Nachlasses durch den Nachlaßverwalter nach § 1822 Ziff. 1 der Genehmigung des Nachlaßgerichtes. Besteht der Nachlaß nur aus einem Grundstück oder gehören auch Grundstücke zu dem Nachlaß, folgt dies schon aus

¹¹⁸ Vgl. hierzu auch Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch, S. 211 Rdnr. 647

§ 1821 I Nr. 1. Die Veräußerung steht damit gleich unter doppelter Kontrolle. Auch der Nachlaßkonkursverwalter muß nach § 134 KO vor Veräußerung des Nachlasses im ganzen die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht besteht, einer Gläubigerversammlung einholen. Zwar macht die Nichtbeachtung dieser Vorschrift das Geschäft Dritten gegenüber nicht unwirksam (§ 136 KO), kann aber den Verwalter persönlich haftbar machen ¹¹⁹. Die Gläubiger werden also auf diese Weise in die Willensbildung miteinbezogen, eine Möglichkeit, die selbstverständlich dem Nachlaßverwalter nicht nur offensteht, sondern auch in der Regel wahrgenommen wird ¹²⁰.

Verletzen die Verwalter die ihnen bei der Ermittlung des Nachlaßbestandes und seiner Be- und Verwertung obliegenden Sorgfaltspflichten, können die Nachlaßgläubiger den hieraus entstehenden Schaden gegen die Verwalter geltend machen, die hierfür mit ihrem Privatvermögen einstehen müssen. Gleiches gilt, wenn ihnen vorwerfbare Fehler bei der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten unterlaufen, etwa Überzahlungen mit der Folge vorgenommen werden, daß die übrigen Gläubiger von dem an sich zur Erfüllung aller Verbindlichkeiten oder zur Erreichung einer höheren Quote ausreichenden und bestimmten Erlös nicht mehr vollständig befriedigt werden können.

Die Risikosituation, der der Gesetzgeber bei Verkauf der ganzen Erbschaft durch den Erben mit den §§ 2382, 2383 begegnen wollte, ergibt sich also bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter nicht. Beide sind, anders als der Erbe, der nur haftet, verpflichtet, die

¹¹⁹ Kuhn-Uhlenbruck zu § 136 KO

¹²⁰ Vgl. hierzu Möhring, S. 187

Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen. Die Einhaltung dieser Verpflichtung ist durch ein umfangreiches Auswahl- und Kontrollsystem, das Vermögensinteresse der Nachlaßgläubiger bei schuldhafter Verletzung dieser Pflichten durch die Haftungsregelungen in den §§ 1985 II S. 1 bzw. 82 KO abgesichert.

Allerdings ist es notwendige Konsequenz der Überschuldung des Nachlasses, daß die Gläubiger im Nachlaßkonkursverfahren wie auch im "normalen" Konkursverfahren nur nach Quoten am Liquidationserlös teilhaben, die Nachlaßverbindlichkeiten also nicht vollständig befriedigt werden. Auch bei Veräußerung des Nachlasses durch den Nachlaßverwalter ist nicht ausgeschlossen, daß die Gläubiger mit einem Teil ihrer Forderungen dann ausfallen, wenn etwa der Nachlaßverwalter den Umfang der Passiva und/oder die Zahl der Gläubiger falsch eingeschätzt bzw. ermittelt hat und der erzielte Erlös deshalb nicht ausreicht, alle Nachlaßverbindlichkeiten abzudecken. Wenn in einem solchen Fall dem Verwalter keine Pflichtverletzung nachgewiesen werden kann¹²¹, können die Gläubiger ihren Forderungsausfall auch nicht im Wege des Schadensersatzes vom Nachlaßverwalter ersetzt verlangen. Da in diesen Fällen überdies in der Regel wegen Überschuldung des Nachlasses ein Konkursverfahren hätte eingeleitet werden müssen, kann ein etwaiger Schadensersatzanspruch ohnehin nicht auf vollständigen Ersatz des Ausfalles gerichtet sein, sondern

¹²¹ Die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Umstände, die dazu geführt haben sollen, daß Zulänglichkeit angenommen werden durfte, hat allerdings nach h.A. der Erbe; vgl. Münchener-Kommentar-Siegmann, § 1979 Rdnr. 4; Soergel-Stein, § 1979 Rdnr. 2; Endemann, ErbR III 2, S. 894 sowie BGH FamRZ 1984, 1004, 1005; das gilt gem. § 1985 II 2 entsprechend auch für den Nachlaßverwalter; so auch BGH FamRZ 1984, 1004, 1005

könnte nur den Schaden erfassen, der durch die nicht rechtzeitige Beantragung des Nachlaßkonkursverfahrens entstanden ist ¹²².

Fraglich ist, ob sich die Gläubiger damit abfinden müssen oder - bei Veräußerung des Nachlasses im Ganzen - nicht die Möglichkeit haben sollen, beim Erwerber auf das Übernommene Zugriff zu nehmen bzw. im Falle des § 2383 I S. 2 auch auf dessen Privatvermögen. Letzteres wäre dann zu verneinen, wenn Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs eine abschließende Regelung des Gläubigerschutzes beinhalten.

Dafür könnte schon das Fehlen einer dahingehenden Ausnahmebestimmung in den Vorschriften über Nachlaßverwaltung bzw. Nachlaßkonkurs sprechen. Im Konkurs ist der Ausfall der Konkursgläubiger mit einem Teil ihrer Forderungen ein ebenso typisches wie zwangsläufiges Risiko. Die Bindung der Gläubiger an diese nur anteilmäßige und an bestimmte Rangordnungen gebundene Befriedigung hat der Gesetzgeber allerdings nur für die Dauer des Konkursverfahrens festgelegt. Nach seiner Aufhebung können gem. § 164 I KO die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen. Eine weitere Ausnahmebestimmung findet sich in § 193 KO. Nach dieser Vorschrift ist der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger wirksam, auch wenn sie am Konkursverfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht teilgenommen haben oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Hingegen sollen die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners sowie die Rechte aus einem bestehenden Pfandrecht, einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld,

¹²² Vgl. auch hierzu BGH FamRZ 1984, 1004, 1005

Schiffshypothek oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung nicht berührt werden. Sowohl in der Konkursordnung als auch in den Vorschriften über die Nachlaßverwaltung hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Haftung des Verwalters geregelt (§ 1985 II S. 1 bzw. § 82 KO). Hätte der Gesetzgeber eine Erwerberhaftung nach § 419 oder §§ 2382, 2383 bei Übernahme des gesamten Nachlasses oder der gesamten Konkursmasse beabsichtigt, hätte es angesichts der bereits getroffenen Ausnahmebestimmungen nahe gelegen, wenn dies in der Konkursordnung bzw. in den Vorschriften über die Nachlaßverwaltung selbst zum Ausdruck gekommen wäre. Diese Feststellung wird unterstützt durch den Umstand, daß der Gesetzgeber die Veräußerung der Konkursmasse oder des Nachlasses im Ganzen als besonderen Fall der Verwertung keineswegs übersehen hat. Dagegen sprechen schon § 134 Nr. 1 KO und § 1822 Nr. 1, wonach diese Verwertungsakte von der Genehmigung der Gläubigerversammlung bzw. des Nachlaßgerichts abhängig sind ¹²³. Der Grund für die Genehmigungspflicht ist in § 134 KO generell "die Wichtigkeit, Tragweite und Ungewöhnlichkeit dieser Geschäfte" ¹²⁴. Speziell schützt diese Vorschrift die Gläubiger, die bei freihändiger Veräußerung unbeweglicher Gegenstände keine Gewähr dafür haben, daß mehrere Interessenten in einen Privatwettbewerb zueinander treten, wie dies bei öffentlicher und freiwilliger Versteigerung aufgrund des Ausgebots der Fall ist ¹²⁵. Auch bei Veräußerungen in den übrigen

¹²³ Von § 134 KO werden insoweit allerdings nur die freihändige Veräußerung eines unbeweglichen Gegenstandes, die Veräußerung des Geschäftes oder des Warenlagers im Ganzen und die des Rechts auf wiederkehrende Leistungen erfaßt

¹²⁴ Vgl. nur Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 134 Rdnr. 1 und Jäger-Weber, KO, § 134 Rdnr. 1 unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien

¹²⁵ Vgl. hierzu Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 134 Rdnr. 4 und Jäger-Weber, KO, § 134 Rdnr. 13a

Fällen können deren Interessen leicht gefährdet werden ¹²⁶. Darüber hinausgehenden Schutz sollten die Gläubiger bei dieser Art von Verwertung also offenbar nicht genießen.

Einen Einwand dagegen, daß der Gesetzgeber der Konkursordnung die Erwerberhaftung nach dem BGB bei Übernahme eines Vermögens oder einer Erbschaft gar nicht berücksichtigen konnte, könnte allerdings der Umstand nahe legen, daß die Konkursordnung zeitlich vor dem BGB entstanden ist. Sie wurde am 10. 2. 1877 bereits publiziert und hat am 1. 10. 1879 mit den übrigen Reichsjustizgesetzen Gesetzeskraft erlangt ¹²⁷. Dieser Einwand dürfte aber letztlich nicht durchschlagend sein. Denn der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit erkannt, die Konkursordnung den BGB-Vorschriften anzupassen und dementsprechend in Artikel 1 EGBGB verordnet, daß "das Bürgerliche Gesetzbuch am 1. 1. 1900 gleichzeitig mit einem Gesetz, betreffend Änderungen ... der Konkursordnung in Kraft" treten solle. Bis dahin sollte die Anpassung durchgeführt werden ¹²⁸.

Die Möglichkeit einer die Erwerberhaftung berücksichtigenden Anpassung bestand also und es dürfte kaum wahrscheinlich sein, daß der Gesetzgeber die Frage der Erwerberhaftung ungeregelt gelassen hätte, wäre dies für ihn eine auch nur ernsthaft zu erwägende weitere Ausnahme von der Beschränkung auf die konkursmäßige Befriedigung gewesen.

Selbst wenn jedoch das Fehlen einer entsprechenden Ausnahmebestimmung in den Vorschriften über Nach-

¹²⁶ Kuhn-Uhlenbruck, KO, § 134 Rdnr. 5

¹²⁷ Vgl. hierzu und zu den übrigen Einzelheiten der Entstehungsgeschichte: Jäger, KO, 1. Aufl., Einleitung S. 1 ff

¹²⁸ Vgl. Jäger, KO, 1. Aufl., Einleitung; die Änderungsvorschläge der Reichstagsvorlage behandelt u. a. Seuffert, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 22, 1896, S. 475 ff

laßverwaltung und Nachlaßkonkurs nicht Ausfluß einer bewußten gesetzgeberischen Entscheidung gegen die Erwerberhaftung bei Übernahme des Nachlasses sein sollte, spricht gegen eine auch nur entsprechende Anwendung der §§ 2382, 2383 in beiden Verfahren jedenfalls folgende Überlegung: Beim teilweisen Forderungsausfall im Nachlaßkonkursverfahren und in den oben genannten Fällen auch bei der Nachlaßverwaltung handelt es sich nicht um Nachteile, die aus dem Verkauf der Erbschaft und dem daraus folgenden Verlust der Haftungsgrundlage resultieren, sondern um Nachteile, die sich aus einer Eigenschaft des Nachlasses selbst¹²⁹ bzw. aus im Verfahren angelegten Risiken ergeben. Die §§ 2382, 2383 sollen ihrem Sinn und Zweck nach die Nachlaßgläubiger aber nur gegen die Risiken schützen, die sich aus dem Verkauf oder ähnlichen Rechtsgeschäften ergeben, die auf Veräußerung der Erbschaft gerichtet sind und dadurch die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger gefährden. Dies belegen auch Wortlaut, Entstehungsgeschichte und der systematische Zusammenhang der Erbschafts Kaufvorschriften. Denn auch mit den in § 2385 angeführten Fallkonstellationen, auf die die Vorschriften über den Erbschafts Kauf einschließlich der §§ 2382, 2383 entsprechende Anwendung finden, sind ausnahmslos auf Veräußerung der Erbschaft gerichtete Verträge mit dem daraus für die Nachlaßgläubiger folgenden Risiko des Verlustes der Haftungsgrundlage gemeint, nicht aber Rechtsakte, denen dieses Element fehlt, wie etwa Verträge, die ausschließlich eine Vermögenssiche-

¹²⁹ Daß die Überschuldung des Nachlasses eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist, ist in Rechtsprechung und Schrifttum inzwischen einhellig anerkannt: vgl. nur PGZ 158, 50; BayObl.GZ 83, 9, 11; Palandt-Edenhofer, § 1954 Anm. 1b und Pohl AcP 177 (1977), 52, 78 m.w.N. dort unter Fn. 161 und 162

rung zum Gegenstand haben, wie Verpfändung und Sicherungsübereignung ¹³⁰.

c) Zusammenfassung der bisherigen Untersuchung und Ergebnis zu 1.:

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß die §§ 2382, 2383 im Falle der Veräußerung des Nachlasses im ganzen durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter nicht anwendbar sind. Dies folgt nicht aus der Auslegung dieser Vorschriften, soweit sie ihre Grenze im möglichen Wortsinn hat, sondern aus der teleologischen Reduktion dieser Normen. Dabei sind allerdings die vom Schrifttum zur ähnlich gelagerten Frage der Anwendbarkeit des § 419 bei Veräußerung der Konkursmasse im ganzen durch den Konkursverwalter entwickelten Argumente nicht oder nur teilweise auf die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 übertragbar. Gleiches gilt für die speziell auf diese Fragestellung zugeschnittene Begründung, es fehle schon an der tatbestandlichen Voraussetzung eines Erbschaftskaufes, weil die Verwalter mit der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten einen wesentlichen Teil dessen übernehmen, was nach dem gesetzlichen Leitbild des Erbschaftskaufes der Käufer zu tun habe.

Maßgebend ist vielmehr die Erkenntnis, daß beide Verfahren in erster Linie der Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten dienen und die Verwirklichung dieses Hauptzwecks durch die Auswahl und Kontrolle der Verwalter einerseits sowie die Haftung beider Verwalter bei schuldhafter Verletzung ihrer Pflichten andererseits abgesichert ist.

¹³⁰ Vgl. Staudinger-Ferid-Cieslar, Einl. zu § 2371 Rdnr. 154 und § 2385 Rdnr. 12; RGRK Kregel, § 2385 Rdnr. 2; Schlüter, § 57 I 2 b und Erman-Schlüter, § 2385 Rdnr. 1.

Die Gefahr, vor der die §§ 2382, 2383 die Nachlaßgläubiger schützen sollen, nämlich Verlust ihrer Haftungsgrundlage durch Verschiebung an einen Dritten, ohne daß die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger durch das gezahlte Entgelt gewährleistet wäre, ergibt sich bei diesen Verfahren nicht. Hier wird im Gegenteil der Verkauf der Erbschaft nur als günstigstes Mittel zur Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten eingesetzt, und die Verwalter haften gerade auch für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem erzielten Erlös.

Die teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 mit der Folge ihres Ausschlusses bei Veräußerung des Nachlasses im ganzen durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter ist also schon durch Sinn und Zweck dieser Normen selbst geboten, weil diese auf eine gänzlich andere Risikokonstellation zugeschnitten sind.

2. Die Haftung des Erwerbers bei Veräußerung des Nachlasses durch den Erben, Sachwalter oder Treuhänder aufgrund eines gerichtlichen¹³¹ Nachlaßvergleichs

Während die Nachlaßverwaltung und das Nachlaßkonkursverfahren zahlreiche Gemeinsamkeiten aufweisen, bestehen zwischen diesen beiden Verfahrensarten und dem gerichtlichen Nachlaßvergleichsver-

¹³¹ In der Praxis hat sich daneben seit langem auch das außergerichtliche Vergleichsverfahren entwickelt, für das insbesondere die Frage der Treuhänderhaftung seit jeher kontrovers behandelt wurde - vgl. hierzu die Wiedergabe des Meinungsstandes bei Vogel, S. 109 Fn. 1 und S. 109 ff. Eine umfassende Darstellung und Untersuchung des außergerichtlichen Vergleichsverfahrens kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Soweit aber die dortigen Argumente auch für das gerichtliche Nachlaßvergleichsverfahren Bedeutung haben können, werden sie im folgenden ebenfalls dargestellt

fahren nach § 113 VglO neben Gemeinsamkeiten insbesondere auch Unterschiede, die eine getrennte Prüfung der Haftungsproblematik erforderlich machen.

Ebenso wie das Nachlaßkonkursverfahren setzt das Nachlaßvergleichsverfahren einen überschuldeten Nachlaß voraus (§§ 2 I S. 3 VglO, 215 KO).

Anders als Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs kann die Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens jedoch nicht mehr beantragt werden, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten allen oder auch nur einem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber unbeschränkt haftet (§ 113 I Nr. 3 VglO). Ein diesen Umstand nicht berücksichtigender Antrag ist abzulehnen (§§ 16, 19 VglO).

Antragsberechtigt ist zwar gem. § 113 I Nr. 1 S. 1 VglO, wer die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen kann. Dies gilt jedoch nicht für die Nachlaßgläubiger, mag die Durchführung des Verfahrens wie die eines Regelvergleichsverfahrens auch im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger liegen ¹³².

Ebenso wie Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs führen auch das Nachlaßvergleichsverfahren und ein in ihm geschlossener Vergleich zur beschränkten Haftung des Erben (§ 113 I Nr. 4 VglO, §§ 1975, 1989, 1973). Anders als in diesen beiden Verfahren, in denen der Erbe zwar Subjekt des Nachlasses bleibt, jedoch die Befugnis verliert, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen, behält der Erbe und Vergleichsschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und zwar selbst dann, wenn das Vergleichsgericht Verfügungsbeschränkungen gem.

¹³² Vgl. BGH MDR 1959, 106 zum "Regelvergleichsverfahren"

§§ 57 ff. VglO erlassen hat ¹³³. Aus der Zustimmungsbefugnis des Vergleichsverwalters (§§ 57, 64 VglO) folgt nach herrschender Ansicht kein eigenes Verfügungsrecht des Verwalters ¹³⁴. Dennoch geht die herrschende Auffassung im Schrifttum davon aus, daß das gerichtliche Nachlaßvergleichsverfahren nicht nur zur Haftungsbeschränkung des Erben, sondern ebenso wie Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs zur Haftungssonderung mit der Wirkung führt, daß den Nachlaßgläubigern die Vollstreckung in das Eigenvermögen des Erben und den Eigengläubigern des Erben die Vollstreckung in den Nachlaß verwehrt ist ¹³⁵.

Auch der Kreis der am Nachlaßvergleichsverfahren teilnehmenden Gläubiger entspricht nur teilweise dem von Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs. Zu ihm gehören nicht die in den §§ 26 VglO, 224, 226 II und IV KO, §§ 113 Nr. 6 und 7 VglO genannten Nachlaßgläubiger.

Unterschiede ergeben sich auch hinsichtlich des Verfahrensziels: Sind Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs auf weitestgehende Befriedigung der Gläubiger gerichtet und soll gerade deswegen der Nachlaß einzeln oder en bloc verwertet werden, "sollte das Nachlaßvergleichsverfahren nach der Vergleichsordnung vor allem dazu dienen, trotz Überschuldung des Nachlasses einen Nachlaßkonkurs zu vermeiden und dem Erben ein zum Nachlaß gehörendes Erwerbsgeschäft oder Landgut zu erhalten" ¹³⁶. Dieser an sich ursprünglich in erster Linie auf Schutz des Erben ausgerichtete Verfah-

¹³³ Vgl. nur Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch, S. 355 Rdnr. 1180 m. w. N.

¹³⁴ BGHZ 23, 318; BGH KTS 1981, 438 - MDR 1981, 661 = ZIP 1981, 410 und Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch, S. 355 Rdnr. 1180

¹³⁵ Vgl. zur Darstellung des Meinungsstandes nur Schlüter, § 54 V 3 b

¹³⁶ Vgl. Schlüter, § 54 V 1

renszweck manifestiert sich im Ausschluß der Nachlaßgläubiger vom Antragsrecht ebenso wie im Vorschlagsrecht des Erben, der, wie auch der normale Schuldner, seine Vorstellungen von der Bereinigung der Nachlaßverbindlichkeiten mit dem Vergleichsantrag durchzusetzen sucht. Diese Vorstellungen müssen allerdings konkret und nachprüfbar sein. Die VergleichsO enthält nähere Bestimmungen hierzu in den §§ 3 ff. VglO. Nach § 3 VglO muß der Vergleichsantrag den Vergleichsvorschlag enthalten und ergeben, ob und wie die Erfüllung des Vergleichs sichergestellt werden soll ¹³⁷. Ferner muß der Vergleichsschuldner Einzelangaben zu seiner Person und etwaigen Insolvenzverfahren aus früherer Zeit machen (§ 3 II VglO). Auch hat er seinem Antrag eine Übersicht seines Vermögens unter genauer Aufteilung der Aktiva und Passiva, unter Angabe ihres Betrages oder Wertes sowie ein Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner unter detaillierter Angabe der einzelnen Forderungen und Schulden beizufügen (vgl. §§ 4, 5 und 6 VglO).

Der Vergleichsvorschlag muß bestimmt sein und den Vergleichsgläubigern, im Nachlaßvergleichsverfahren also den am Nachlaßvergleich beteiligten Nachlaßgläubigern, eine Quote von mindestens 35 % ihrer Forderungen gewähren (§ 7 II VglO). Dieser Vergleichsvorschlag wird als Quoten- und Erlaßvergleichsvorschlag bezeichnet und geht ebenso wie

¹³⁷ Typische und häufig vorkommende Sicherungsmittel sind: Stellung eines Ausfallbürgen oder eines Mitschuldners, Eintragung einer Sicherungshypothek, Verpfändung von Forderungen usw.; vgl. hierzu Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 3 Anm. 3 und eingehend insbesondere zur Sicherung durch Bürgen und Mitschuldner die Dissertation von Kleemeyer, "Sicherstellung der Vergleichserfüllung durch Dritte im gerichtlichen Vergleichsverfahren"

der Stundungs- und Ratenvergleichsvorschlag¹³⁸ von dem Erhalt des Vermögens bzw. des Nachlasses aus und soll die Vergleichsgläubiger dazu bringen, entweder gegen Barabfindung bei einer bestimmten Quote auf den Rest ihrer Forderungen zu verzichten und/oder dem Schuldner bestimmte Zahlungsziele einzuräumen, die es ihm ermöglichen, die Schulden in Teilbeträgen und nach und nach zu begleichen.

Allerdings kennt auch die VergleichsO wie der Konkurs die quotale Befriedigung der Vergleichsgläubiger durch Verwertung des ganzen Vermögens des Schuldners. Nach § 7 IV VglO kann der Schuldner nämlich auch sein Vermögen ganz oder teilweise den Gläubigern mit der Abrede überlassen, daß der nicht durch die Verwertung abgedeckte Teil der Gläubigerforderungen erlassen sein soll mit Ausnahme des Teils der Forderungen, der zwischen der vereinbarten oder gesetzlichen Mindestquote - diese beträgt nach § 7 IV VglO mindestens 35 % - und dem aus dem Verwertungserlös befriedigten Teil ungedeckt bleibt. Für diesen ungedeckten Teil muß, wie aus § 7 IV VglO weiter aber auch aus §§ 9 III, 95 S. 3 und § 96 IV S. 2 VglO hervorgeht, der Schuldner persönlich weiter haften.

Allein an diese, gemeinhin Liquidationsvergleich bezeichnete Vergleichsform, läßt sich auch die Frage knüpfen, ob der Erwerber des gesamten Vermögens bzw. Nachlasses, wenn es als ganzes auf ihn übertragen und nicht der Einzelverwertung zugeführt wird, gem. § 419 oder - im Falle des Nachlaßvergleichs - gem. §§ 2382, 2383 zu haften hat.

Dabei ergeben sich Bedenken schon gegen diese Fragestellung zum einen aus dem Wortlaut des § 7

¹³⁸ Vgl. zu diesen Termini und den Einzelheiten dieser Vergleichsarten: Bley-Mohrbutter, VergleichsO, § 3 Rdnr. 9 und ff. sowie Uhlenbruck, GmbH & CO KG, S. 340 ff.

IV VglO. Danach überläßt der Schuldner nämlich den Gläubigern sein gesamtes Vermögen zur Verwertung. Den Gläubigern wird also scheinbar die Befriedigungsmöglichkeit gewährt, vor deren Verlust § 419 wie auch die §§ 2382, 2383 sie schützen sollen. Ob § 7 IV VglO tatsächlich so zu verstehen ist und ob dieses Normverständnis auch durch die weiteren Auslegungsmethoden gedeckt wird oder was sonst mit dem Begriff der Überlassung gemeint ist, ist näher zu prüfen.

Zum anderen ist fraglich, ob ein solcher Liquidationsvergleich im Nachlaßvergleichsverfahren zulässig ist. Denn wenn nach § 113 I Nr. 4 VglO durch das Vergleichsverfahren und den abgeschlossenen Vergleich die Haftung auf den Nachlaß beschränkt wird, ist bei Verwertung des ganzen Nachlasses keine Haftungsmasse für den ungedeckt bleibenden Teil vorhanden. Der Erbe kann gerade wegen der Haftungsbeschränkung nicht persönlich in Anspruch genommen werden. Auch der Frage der Zulässigkeit eines Liquidationsvergleichs im Nachlaßvergleichsverfahren wird daher im folgenden näher nachzugehen sein.

a) Der Liquidationsvergleich nach § 7 IV VglO als Grundlage einer Veräußerung des ganzen Nachlasses

Nach herrschender Ansicht ist die Gesetzesformulierung, daß der Schuldner "den Gläubigern sein Vermögen ganz oder teilweise zur Verwertung überläßt" rechtstechnisch ungenau. Mit "Überlassung" soll danach nur die Aussonderung der Liquidationsmasse aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners gemeint sein, wobei wesentliches Element der Aussonderung die Kenntlichmachung in Form eines besonderen Verzeichnisses sein soll und unter "sonstigem Vermögen" bei Überlassung des Vermögens im ganzen das Vermögen verstanden wird, das im

Falle des Konkurses nicht dessen Beschlag unterliegen würde ¹³⁹.

Eine Begründung für diese Auslegung gibt das zitierte Schrifttum allerdings nicht. Sie kann sich nur aus Entstehungsgeschichte, systematischem Zusammenhang und Normzweck dieser Norm herleiten lassen.

aa) Die Bedeutung der Formulierung "Überlassung des ganzen Vermögens ... an die Gläubiger" in § 7 IV VglO

Die geltende VergleichsO vom 26.2.1935 ¹⁴⁰ regelt erstmals ausdrücklich den sog. Liquidationsvergleich. Ihre Vorgänger, insbesondere auch das "Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung)" vom 5.7.1927 ¹⁴¹ enthielten noch keine derartige Vorschrift. Der amtliche Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung, der 1933 in einer Sonderschrift durch das Reichsjustizministerium veröffentlicht worden war und nach nur unwesentlichen Änderungen als VergleichsO 1935 Gesetz wurde ¹⁴², erläutert zwar, daß der Liquidationsvergleich schon seit langem anerkannt sei und erstmals ausdrücklich im Gesetz geregelt werden solle ¹⁴³, geht aber nicht näher auf die hier zu untersuchende Formulierung des Gesetzestextes, die auch schon im Entwurf mit diesem Wortlaut in dessen § 7 IV enthalten war, ein. In der Rechtspraxis wurde bis dahin der Liquidationsvergleich fast ausschließlich in Form des Treuhandliquidati-

¹³⁹ Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 7 Rdnr. 10a; Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 7 Anm. 3; Vogels-Nölte, VglO, 3. Aufl., § 7 IV 2 und Künne, KTS 1971, 235, 239

¹⁴⁰ RGBI I, S. 321

¹⁴¹ RGBI I, S. 139

¹⁴² Vgl. auch hierzu Völker, S. 14, 15

¹⁴³ Vgl. S. 40 des amtlichen Entwurfs

onsvergleichs durchgeführt. Das Vermögen oder der Nachlaß wurde auf einen Treuhänder mit der Maßgabe übertragen, die Vermögensverwertung und die Auskehrung des Erlöses an die Gläubiger nach Maßgabe des Vergleichs vorzunehmen. Der Treuhänder konnte aber auch nur ermächtigt werden, das Vermögen im eigenen Namen zugunsten der Gläubiger zu verwerten. Auch bei dieser Handhabung wurden die Gläubiger also nicht Eigentümer.

Daß mit "Überlassung" nicht Eigentumsübertragung gemeint sein kann, belegt aber schon der Zusammenhang des § 7 IV VglO mit den Vorschriften, die die Erfüllung des Vergleichs regeln, also die §§ 91 ff. VglO, insbesondere § 92 V VglO. Diese Vorschrift behandelt die Folgen einer Übertragung des Vermögens auf den Sachwalter der Gläubiger "zur Erfüllung des Vergleichs".

Weiter wird diese Auslegung durch § 9 III VglO gestützt, wo von der Verwertung "zugunsten der Gläubiger", nicht aber "durch die Gläubiger" die Rede ist.

Schließlich sprechen auch Sinn und Zweck des § 7 IV VglO gegen eine Vermögensübertragung "auf die Gläubiger". Eine derartige Übertragung, falls sie bei einer Vielzahl von Vergleichsgläubigern überhaupt möglich wäre, würde an den Vermögensgegenständen eine Rechtsgemeinschaft mit unbestimmten Anteilen entstehen lassen, die dann zwecks Verwertung auseinanderzusetzen wäre. Schon dies würde erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen. Müßten doch z.B. die Verhandlungen mit einem potentiellen Erwerber von allen Gläubigern geführt werden, wenn sie sich nicht auf einen Vertreter einigen können. Rechtstechnisch viel einfacher ist es dagegen, die Verwertung durch eine Person durchführen zu lassen, ohne den Umweg über die komplizierte Eigen-

tumsübertragung auf die Gläubiger zu machen, worauf die §§ 91 ff. VglO auch abstellen ¹⁴⁴:

So wird gem. § 96 I VglO das Vergleichsverfahren nach Bestätigung des Vergleichs unter Beibehaltung des Vergleichsverwalters fortgesetzt.

In diesem Fall bleibt der Schuldner Rechtsträger der zur Liquidationsmasse gehörenden Gegenstände und behält über sie die Verfügungsbefugnis, selbst wenn Verfügungsbeschränkungen gem. §§ 57 ff. VglO angeordnet worden sind. Aus der Zustimmungsbefugnis des Vergleichsverwalters (§§ 57, 64 VglO) folgt nicht etwa ein eigenes Verfügungsrecht des Vergleichsverwalters ¹⁴⁵. Der Vergleichsschuldner führt dann unter Aufsicht des Vergleichsverwalters die Verwertung der Masse und die Auszahlung des Erlöses durch.

Der Schuldner kann sich aber auch im Vergleich der Überwachung "durch einen oder mehrere im Vergleich bezeichnete Personen als Sachwalter der Gläubiger bis zur Erfüllung des Vergleichs" unterwerfen (§ 96 I VglO).

Die Unterschiede zum Liquidationsvergleich im fortgesetzten Verfahren bestehen nur darin, daß bei dieser Art des Vergleichsabschlusses das Vergleichsverfahren mit Bestätigung des Vergleichs aufzuheben ist (§ 91 I VglO). Außerdem leitet hier der Sachwalter der Gläubiger seine Befugnisse aus einem mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag her ¹⁴⁶. Dagegen wird der Vergleichsverwalter vom Gericht bestellt (vgl. § 11 VglO für den vorläufigen Vergleichsverwalter und § 20 VglO für den endgültigen Vergleichsverwalter). Er nimmt "eine

¹⁴⁴ In diesem Sinne auch Jaeger-Weber, KO, 8. Aufl., § 174 Anm. 6 mit weiteren Bedenken gegen ein derartiges Verständnis des Überlassungsbegriffs

¹⁴⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 138 sowie Mainka, KTS 1970, 12, 14

¹⁴⁶ Vgl. Mainka, KTS 1970, 12, 18 und Bley-Mohr-butter, VglO. § 92 Rdnr. 3a

amtsähnliche Stellung innerhalb der unter einer rechtsbetreuenden staatlichen Aufsicht stehenden vergleichsrechtlichen Selbstverwaltung ein" ¹⁴⁷. Eine weitere Möglichkeit ist die, daß der Schuldner zwar die Gegenstände des Liquidationsvermögens dem Rechte nach behält, aber dem Sachwalter oder einem Treuhänder die unwiderrufliche Einwilligung erteilt ¹⁴⁸, über die Gegenstände im eigenen Namen zu verfügen. Dieser Treuhänder führt also die Verwertung durch. Der Schuldner kann aber auch über die bloße Ermächtigung hinaus die Gegenstände des Liquidationsvermögens auf den Treuhänder/Sachwalter übertragen. Dieser Treuhandvertrag stellt rechtlich einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Verpflichtung zur Verwertung des Vermögens und Auszahlung des Erlöses an die Gläubiger dar, gleichzeitig handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter, aus dem die Gläubiger, und zwar jeder für sich, vom Treuhänder die Erfüllung der ihm aus dem Zweck der Treuhand folgenden Pflichten, namentlich also die Verwertung des Vermögens und die Ausschüttung des Erlöses, verlangen können ¹⁴⁹.

¹⁴⁷ So Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 3a; und ausführlich Völker, S. 105 ff.; zum Grundsatz der Selbstverwaltung im Konkursverfahren vgl. Berges, KTS 1960, 3 ff.; Lorenz, KTS 1963, 238.

¹⁴⁸ Vgl. § 92 IV VglO; nach herrschender Ansicht gilt die Unwiderruflichkeit im Sinne des § 92 IV VglO nicht nur für die Tätigkeit als solche, sondern gerade auch für die dem Sachwalter erteilte Ermächtigung, über das Treugut zu verfügen. Diese Unwiderruflichkeit wird für die uneigentliche Treuhand vorausgesetzt; vgl. nur Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 16b für den Sachwalter und § 3 Rdnr. 10a für die uneigentliche Treuhand sowie Vogels-Nölte, VglO, 3. Aufl., § 7 Anm. IV 2 und Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 7 Anm. 3.

¹⁴⁹ Vgl. Mainka, KTS 1970, 12, 18; Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 21a; Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 92 Anm. 3; Vogels-Nölte, VglO, 3. Aufl., § 7 Anm. IV 2b; RGZ 117, 149; BGH KTS 1966, 98 = NJW 1966, 1116; BGHZ 62, 1 ff. = KTS

Beim "Sachwaltervergleich" im Sinne des § 91 VglO wird dem Sachwalter häufig zugleich auch das Vermögen übertragen, damit der Sachwalter dann selbst die Verwertung durchführt¹⁵⁰. Theoretisch denkbar sind auch Treuhänderliquidationsvergleiche ohne Sachwalterüberwachung, wenn nämlich die Gläubiger einem derartigen Vergleichsvorschlag zustimmen und gleichzeitig die Aufhebung des Vergleichsverfahrens beantragen (§ 90 I Nr. 1 VglO). Hier muß aber das Vergleichsgericht entscheiden, ob ein derartiger Vergleich nicht dem gemeinsamen Interesse der Vergleichsgläubiger widerspricht (§ 90 II VglO). Gleiches gilt im Falle des § 90 I Nr. 2 VglO.

bb) Zulässigkeit des Liquidationsvergleichs im Nachlaßvergleichsverfahren

Nach § 7 IV VglO ist der Liquidationsvergleich nur zulässig, wenn die Verwertung voraussichtlich mindestens 35 % der Gläubigerforderungen abdeckt und für den Fall, daß die Verwertung weniger ergeben sollte, der Erlaß sich nicht auf den an den 35 % fehlenden Betrag erstreckt: Beim "Regelliquidationsvergleich" muß daher der Schuldner für den etwaigen Unterschiedsbetrag persönlich und unabdingbar haften¹⁵¹.

Beim Nachlaßvergleichsverfahren führt gem. § 113 I Nr. 4 VglO bereits der Vergleichsantrag als solcher zu einer Haftungsbeschränkung auf die Erbmasse, und zwar nicht nur gegenüber den am Vergleich beteiligten Gläubigern, sondern allen Nachlaßgläubigern gegenüber¹⁵². Diese Haftungsbeschränkung wird mit Abschluß des Vergleichs perpetuiert,

¹⁵⁰ Vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 92 Anm. 1

¹⁵¹ Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 7 Rdnr. 13 und BGH, KTS 1977, 235, 237

¹⁵² Bley-Mohrbutter, VglO, § 113 Rdnr. 25b

§ 113 I Nr. 4 VglO. Die Folge hieraus ist bei Verwertung des ganzen Nachlasses, daß ein an den 35 % fehlender Betrag für die am Vergleich beteiligten Gläubiger praktisch verloren ist, die Gewähr, die der Schuldner nach § 7 IV VglO für die Begleichung der 35 %-Quote bieten muß, also gerade nicht besteht. Das Schrifttum hält dennoch den Liquidationsvergleich auch im Nachlaßvergleichsverfahren für zulässig ¹⁵³.

Mohrbutter ¹⁵⁴ begründet dies damit, daß auch ein Nachlaßpfleger, insbesondere aber ein zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger bestellter Nachlaßverwalter nicht nur antragsberechtigt (§ 113 I Nr. 1 VglO), sondern auch selbständig berufen sei, den Vergleichsvorschlag vorzulegen. Da er von Amts wegen für die Liquidation zu sorgen habe, könne es ihm auch nicht verwehrt sein, ohne persönliche Verpflichtungen des Erben einen Liquidationsvergleich vorzulegen.

Diese Argumentation verkennt jedoch, daß die Haftungsbeschränkung des Erben von Gesetzes wegen an die Anordnung der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßvergleichsverfahrens geknüpft ist, es also keinen Unterschied ausmacht, ob der Erbe oder der Nachlaßverwalter den Liquidationsvergleich beantragt. Es hängt daher auch nicht vom Belieben des Nachlaßverwalters ab, ob er einen Vergleichsvorschlag mit persönlicher Verpflichtung des Erben vorlegt oder ohne eine solche. Gerade erstes ist ihm schon kraft der gesetzlichen Regelung der Haftungsbeschränkung ohne Zustimmung des Erben nicht möglich.

¹⁵³ Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 7 Rdnr. 13 und § 113 Rdnr. 19b a. E.; Künne, RTS 1971, 235, 243 und Klien, JW 1936, 1196, 1197 r. Sp. sowie Böhle-Stamschröder/Kilger, VglO, § 7 Anm. 3

¹⁵⁴ a. a. O., § 7 Rdnr. 13

Der richtige Ansatz für die Lösung dürfte vielmehr mit Klien ¹⁵⁵ in der Auslegung des § 7 IV VglO zu sehen sein. Die entscheidende Frage ist danach, ob § 7 IV VglO nach seinem Sinn und Zweck den Liquidationsvergleich auch dann zuläßt, wenn zunächst nur feststeht, daß die Verwertung der Liquidationsmasse voraussichtlich mindestens 35 % der Vergleichsgläubigerforderungen erbringt und die volle Abdeckung der bevorrechtigten Forderungen der nach § 26 VglO am Vergleich nicht beteiligten Gläubiger gesichert ist ¹⁵⁶.

Dafür spricht, daß der Liquidationsvergleich ansonsten nur noch einen geringen Anwendungsbe- reich hätte. Ausgenommen wären außer dem Nachlaß auch die GmbH, die AG und die eingetragenen Genossenschaften (vgl. §§ 108 ff. VglO), die nur mit ihrem Gesellschafts- oder Genossenschaftsvermögen haften. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber dieses Ergebnis gewollt hat, zumal sich gerade bei solch überschuldeten "Sondervermögen" der Liquidationsvergleich als Bereinigungsform für die Verbindlichkeiten geradezu anbietet ¹⁵⁷.

Allerdings müssen in all diesen Fällen das Vergleichsgericht und mit ihm der Vergleichsverwalter besonders sorgfältig prüfen, ob die gesetzliche oder vertraglich vereinbarte höhere Mindestquote durch die Liquidationsmasse voraussichtlich gedeckt sein wird ¹⁵⁸.

Steht somit fest, daß es auch im gerichtlichen Vergleichsverfahren zur Veräußerung des Vermögens im Ganzen kommen kann und die dafür vorgesehene Form des Liquidationsvergleichs auch im Nachlaß-

¹⁵⁵ a. a. O. Fn. 157

¹⁵⁶ Zu dieser Voraussetzung vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 7 Rdnr. 12

¹⁵⁷ So verweist Künne, KTS 1971, 235, 243 darauf, daß in der Rechtspraxis der Nachlaßvergleich in Form des Liquidationsvergleichs die Regel ist

¹⁵⁸ So auch Bley-Mohrbutter, VglO, § 7 Rdnr. 13

vergleichsverfahren zulässig ist, kann nunmehr näher untersucht werden, ob der Erwerber, der aufgrund eines Liquidationsvergleichs den ganzen Nachlaß oder den Nachlaß im ganzen erworben hat, nach §§ 2382, 2383 zu haften hat.

b) Haftung des Erwerbers bei Erwerb des ganzen Nachlasses aufgrund eines gerichtlichen Nachlaßliquidationsvergleichs

Ein erster Anhaltspunkt für die Beantwortung dieser Frage könnte sich aus § 92 V VglO ergeben. Nach dieser Vorschrift sollen für den Fall, daß dem Sachwalter zum Zwecke der Erfüllung des Vergleichs Vermögen des Schuldners übertragen worden ist, die Vorschriften des BGB über die Haftung des Vermögensübernehmers keine Anwendung finden.

Eine direkte Anwendung dieser Vorschrift auf die hier in Rede stehenden Fälle der Übertragung des gesamten Nachlasses im Wege des Liquidationsvergleichs scheidet zwar aus, weil § 92 V VglO nur den Fall betrifft, daß Vermögen auf den Sachwalter übertragen wird, nicht aber vom Sachwalter oder Vergleichsschuldner auf einen Dritten. Es könnte aber eine analoge Anwendung dieser Vorschrift in Betracht kommen.

aa) Ausschluß der Erwerberhaftung aufgrund analoger Anwendung des § 92 V VglO

Erste Voraussetzung des Analogieschlusses ist eine Regelungslücke. Darunter wird die Feststellung verstanden, daß das Fehlen einer im konkreten Fall zum Interessenausgleich führenden Vorschrift als eine - von den Wertungen des Gesetzgebers aus betrachtet - "planwidrige Unvollständigkeit" erscheint.

Zweite Voraussetzung der Analogie ist die im Wege der Ähnlichkeitsbewertung zu beantwortende Frage,

ob die teilweise Übereinstimmung des geregelten Tatbestandes mit dem ungeregelten Sachverhalt wertungsmäßig so bedeutsam ist, daß sie die rechtliche Gleichbehandlung beider Fallgruppen rechtfertigt ¹⁵⁹.

Beide Voraussetzungen fordern somit die Offenlegung der für die in der gesetzlichen Regel zum Ausdruck kommenden Wertungsmaßgeblichen Kriterien, die wiederum im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen sind.

In den Gesetzesmaterialien zur VergleichsO, namentlich in dem 1933 durch das Reichsjustizministerium veröffentlichten amtlichen "Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung" war die heutige Regelung des § 92 V VglO gleichlautend in § 93 V ¹⁶⁰ getroffen worden. In der Begründung ¹⁶¹ heißt es dazu: "Die Regeln der §§ 93 und 94 greifen nur ergänzend ein. Teils regeln sie Fragen, die die Beteiligten offengelassen haben, teils beseitigen sie Zweifel, die sich in der bisherigen Rechtsübung ergeben haben, die durch Vereinbarung der Parteien nicht gelöst werden können. In diese zweite Gruppe gehören die Vorschriften des § 93 V, VI und des § 94 ..."

Die in dem amtlichen Entwurf angesprochenen "Zweifel in der bisherigen Rechtsübung" beziehen sich auf den bis zu seiner Veröffentlichung andauernden Meinungsstreit darüber, ob bei Übertragung des Vermögens auf einen Treuhänder aufgrund eines gerichtlichen Liquidationsvergleichs zum Zwecke der Verwertung durch den Treuhänder zugunsten der Gläubiger der Treuhänder "ebenso wie ein selbstnütziger Vermögensübernehmer" den Gläubigern für die Verbindlichkeiten des Schuldners haften

¹⁵⁹ Larenz, Methodenlehre, S. 365, 366

¹⁶⁰ Vgl. Entwurf, S. 26

¹⁶¹ Entwurf, S. 82

müsse ¹⁶².

Während die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur die Anwendbarkeit des § 419 für diesen Fall bejahte ¹⁶³, wollte eine Reihe von Autoren dies nicht gelten lassen ¹⁶⁴.

Siebert und vor ihm schon Emmerich vertraten die Auffassung, daß jedenfalls die Gläubiger, die dem Vergleich zugestimmt hätten, gerade deshalb gehindert seien, eine über den Vergleichsinhalt hinausgehende Haftung geltend zu machen. Denn § 419 wolle die Gläubiger nur vor Schäden bewahren, die dadurch eintreten könnten, daß der Schuldner sein Vermögen ihrem Zugriff entziehe. Beim Treuhandliquidationsvergleich hätten die Gläubiger jedoch selbst dieser Übertragung zugestimmt und sich mit einer quotenmäßigen Verteilung einverstanden erklärt; sie könnten folglich nur einen Anspruch auf angemessene Durchführung der Liquidation und Auskehrung der ihnen zustehenden Quote gegen den Treuhänder haben ¹⁶⁵.

Merkel dagegen stellte darauf ab, daß der Treuhänder das Vermögen nicht eigennützig, sondern fremdnützig zugunsten der Gläubiger übernommen habe. Er wolle daher das Vermögen nicht zu seinem eigenen machen, was § 419 aber voraussetze ¹⁶⁶.

Der Gesetzgeber ist Vogels ¹⁶⁷ zufolge der letztgenannten Mindermeinung im Ergebnis beigetreten. Danach war für den Haftungsausschluß bei Vermö-

¹⁶² Vgl. Vogels, VglO, 1. Aufl., § 92 III 1

¹⁶³ Vgl. Kiesow, VglO (1927), vor § 5

Anm. 23; Bley, VglO (1927), § 7 Anm. IV 3c; jeweils mit weiteren Nachweisen sowie Siebert, S. 387 m.w.N. in Fn. 21

¹⁶⁴ Vgl. insbesondere Merkel, JW 1930, 1342, 1343; Emmerich, Sanierung, S. 118 ff. und Siebert, S. 387 ff.; der letztgenannte überdies mit zahlreichen Nachweisen weiterer Autoren in Fn. 21

¹⁶⁵ Vgl. Siebert, a.a.O., S. 388 und Emmerich, a.a.O., S. 119

¹⁶⁶ Merkel, a.a.O., Fn. 168

¹⁶⁷ VglO, 1. Aufl., § 92 Anm. III 1

gensübertragung auf den Treuhänder im gerichtlichen Vergleichsverfahren maßgebend, "daß man die treuhänderische Übertragung in dieser Hinsicht nicht der eigenwirtschaftlichen Übertragung gleichstellen kann, da diese beiden Übertragungen weder wirtschaftlich noch rechtlich dieselbe Bedeutung haben" ¹⁶⁸.

Verständlich ist danach auch, warum der amtliche Entwurf ¹⁶⁹ verneinte, daß die bisher aufgetauchten Zweifel hinsichtlich der Haftungsfrage nicht durch Vereinbarung der Parteien gelöst werden können. Zum einen läßt sich dies aus § 419 III erklären, wonach Schuldner und Übernehmer die Haftung nicht abbedingen können. Zum anderen hat dies aber auch vor dem Hintergrund der Auffassung Sieberts und Emmerichs einen Sinn: Denn deren Konstruktion eines vertraglichen Verzichts der am Vergleich beteiligten Gläubiger auf eine weitere Haftung des Treuhänders nach § 419 kann zwar gem. § 82 VglO auch die Gläubiger, die am Vergleichsverfahren nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben, nicht aber die am Vergleich gem. § 26 VglO nicht beteiligten Gläubiger erfassen, während der Gesetzgeber in § 92 V VglO den Haftungsausschluß allen Gläubigern gegenüber wirken läßt. Nur dieser Haftungsausschluß allen Gläubigern gegenüber ist hier aber zunächst zu prüfen.

¹⁶⁸ Für die Authentizität dieser Gründe spricht, daß Vogels seinerzeit Ministerialrat im Reichsjustizministerium und mit der Erstellung des Entwurfs sowohl als Sachbearbeiter als auch in seiner Eigenschaft als stellvertretender Vorsitzender des Vergleichsrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, der den amtlichen Entwurf geprüft und mit einigen kleinen Änderungen gebilligt hat, befaßt war; vgl. sein Vorwort zur ersten Auflage und den Bericht des Ausschußvorsitzenden in ZAkDR 1934, 143 ff.

¹⁶⁹ Dort S. 82

Schon die historische Auslegung spricht also gegen die Möglichkeit eines Analogieschlusses. Denn das Bestreben des Gesetzgebers war es danach, der speziellen Eigenart des Treuhändererwerbs zur Abwicklung des Liquidationsvergleichs als von vornherein fremdnützigem Erwerb Rechnung zu tragen.

Der Erwerb des Dritten vom Treuhänder oder vom Vergleichsschuldner unter Aufsicht des Sach- oder Vergleichsverwalters ist hiermit nicht vergleichbar. Eine analoge Anwendung des § 92 V VglO auf diese Fälle kommt daher nicht in Betracht.

bb) Ausschluß der Erwerberhaftung aufgrund teleologischer Reduktion der §§ 2382, 2383 wegen ausreichender Gewährleistung des Gläubigerschutzes

Ebenso wie für den Konkurs vertreten Schrifttum und Rechtsprechung auch für das Vergleichsverfahren und die Durchführung eines darin abgeschlossenen Liquidationsvergleichs die Auffassung, daß eine Haftung des Erwerbers nach § 419 nicht in Betracht komme¹⁷⁰. Die Begründung hierfür ist im Ergebnis jedenfalls gleich: Liquidationsvergleich und Konkursverfahren seien sich einander so we-
sensähnlich, daß eine unterschiedliche Beurteilung der Frage der Anwendbarkeit des § 419 nicht gerechtfertigt sei.

¹⁷⁰ Vgl. Laue, AcP 146 (1941), 156, 193; Nörr-Scheyhing, § 29 V c, S. 344 unter Fn. 67; Erman-H. P. Westermann, § 419 Rdnr. 27; Münchener-Kommentar-Möschel, § 419 Rdnr. 36; Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 38c für den Treuhändlerliquidationsvergleich und allgemein: § 3 Rdnr. 11 a. E. sowie § 7 Rdnr. 17b; Mohrbutter FS "100 Jahre KO" 1977, 317, 318; Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 7 Anm. 6; OLG Stettin LZ 1930 Sp. 1005, 1007 zur Anwendbarkeit des § 25 HGB im Falle des Geschäftsverkaufs im Geschäftsaufsichtsverfahren gem. VO vom 14. 6. 1924 (RBG1 I, S. 641)

Mohrbutter sieht die maßgeblichen Kriterien hierfür zum einen in der Tatsache, daß hier wie dort das Vermögen gerade zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung veräußert werde, und zum anderen in der Gleichstellung beider Insolvenzarten in § 75 II AO 1977 ¹⁷¹. Nach dieser Vorschrift kann ein Schuldnervermögen auch bei einem Erwerb "aus dem Vermögen eines Vergleichsschuldners, das aufgrund eines Vergleichsvorschlags nach § 7 IV der VglO verwertet wird, unbelastet von der Haftung für Steuern" übernommen werden.

Möschel ¹⁷² dagegen vertritt die Auffassung, daß das gerichtliche Vergleichsverfahren wie das Konkursverfahren ein zweckgerichtetes, gerichtlich kontrolliertes Verfahren sei, das mit der Risikosituation des § 419 nicht vergleichbar sei ¹⁷³. Beide Begründungsansätze laufen, rechtsmethodisch gesehen, auf eine teleologische Reduktion des § 419 im Falle der Veräußerung des ganzen Vermögens im Vergleichsverfahren hinaus. Wie bei der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs bietet es sich an, diese Begründungen auf ihre Stichhaltigkeit und Übertragbarkeit auf die spezielle Problematik der Haftung des Erwerbers bei Übernahme des Nachlasses im Nachlaßliquidationsvergleichsverfahren hin zu überprüfen.

Näheren Eingehens bedarf allerdings nur die Auffassung Möschels. Denn daß die AO 1977 die Haftung für Steuern wie schon § 116 III AO a.F. für die Veräußerung des ganzen Vermögens durch den Konkursverwalter auch bei Veräußerung aufgrund eines Liquidationsvergleichs entfallen läßt, erlaubt keine Rückschlüsse auf die Frage der Anwendbarkeit

¹⁷¹ Vgl. Mohrbutter in Bley-Mohrbutter, a.a.O. und FS "100 Jahre KO", a.a.O.

¹⁷² In Münchener-Kommentar, § 419 Rdnr. 36

¹⁷³ In diesem Sinne auch OLG Stettin LZ 1930, Sp 1005, 1006; ähnlich Laue, AcP 146 (1941), 156, 193

des § 419. Diese Haftung besteht vielmehr unabhängig von der des § 75 AO ¹⁷⁴.

Ebenso reicht die weitere Begründung Mohrbutters, die auf den besonderen Zweck der Veräußerung abstellt, jedenfalls für sich genommen nicht aus, die Anwendbarkeit des § 419 zu verneinen. Denn § 419 beruht auf dem deutschrechtlichen Gedanken, daß Schulden Lasten des Vermögens sind, und läßt die Haftung für die Schulden allein der Rechtszuständigkeit am Vermögen folgen ¹⁷⁵, ohne nach dem Zweck der Übertragung zu unterscheiden ¹⁷⁶.

Demgegenüber hat sich das Argument Möschels schon bei der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs als tragfähige Grundlage für eine teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 erwiesen. Dort wie hier soll daher untersucht werden, wie die Nachlaßgläubiger im Nachlaßvergleichsverfahren hinsichtlich der speziellen Verfahrensziele geschützt sind, und sodann der Frage nachgegangen werden, ob daneben noch der Schutz der §§ 2382, 2383 erforderlich ist.

(1) Die gesetzlichen Schutzmechanismen zugunsten der Nachlaßgläubiger während des Vergleichsverfahrens

Ein erstes wesentliches Moment zur Absicherung der Nachlaßgläubiger vor Benachteiligungen im Nachlaßverwaltungs- und Nachlaßkonkursverfahren ist darin

¹⁷⁴ Vgl. nur Hofmann, AO 1977, § 74 Anm. 4 und Helster in Koch, AO 1977, § 75 Rdnr. 2

¹⁷⁵ Vgl. Nörr-Scheyhing, § 29 II und III; Münchener-Kommentar-Möschel, § 419 Rdnr. 1; Palandt-Heinrichs, § 419 Anm. 1a; RGRK-Weber, § 419 Rdnr. 1; Arens-Lüke, JuS 1984, 263, 265; RGZ 69, 283, 286; 139, 199, 201; BGHZ 30, 267, 269 und 62, 101

¹⁷⁶ BGH WM 1985, 866, 867 r. Sp. und OLG Köln, NJW 1960, 966, 967 l. Sp. mit zahlreichen weiteren Nachweisen

zu sehen, daß mit dem vom Gericht bestellten Verwalter eine unabhängige und geschäftskundige Person mit der Auflistung und Bewertung der Aktiva und Passiva des Nachlasses statt des persönlich involvierten Erben betraut wird und dessen Entscheidung über die Art der Verwertung des Nachlasses allein von dem Gesichtspunkt bestimmt sein soll, wie die Nachlaßverbindlichkeiten am günstigsten für die Gläubiger zu berichtigen sind ¹⁷⁷.

Im Nachlaßvergleichsverfahren ist dies insoweit anders, als hier der Erbe - wie im Regelvergleichsverfahren der Schuldner - mit dem Liquidationsvergleichsvorschlag seine Vorstellungen von der Verwertbarkeit des Nachlasses und Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten einbringt ¹⁷⁸.

Auch hier hat das Gesetz jedoch zahlreiche Vorkehrungen gegen Benachteiligungen der Gläubiger, die sich aufgrund unrichtiger, unrealistischer oder gar unredlicher Vorschläge ergeben könnten, getroffen.

So muß der Erbe detailliert aufzeigen, warum er die Verwertung des Nachlasses durch Veräußerung des ganzen Nachlasses für die beste Art der Befriedigung hält.

Weiter muß er dartun, wie diese Realisierung im einzelnen vollzogen werden soll ¹⁷⁹. Insoweit ist er verpflichtet, durch entsprechende Unterlagen genau nachzuweisen, welchen tatsächlichen Wert die aufgeführten Aktiva besitzen, welche freien Vermögenswerte für die Gläubiger verfügbar sind und

¹⁷⁷ Vgl. hierzu oben unter B II 1 c

¹⁷⁸ Vgl. hierzu schon oben unter B II 2 a

¹⁷⁹ Vgl. zum Bestimmtheitserfordernis des Vergleichsvorschlags: Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 3 Anm. 1a und die bei Böhle-Stamschräder in Anhang 4 wiedergegebenen Richtlinien für die Begutachtung gerichtlicher Vergleichsanträge, in denen die Beachtung dieses Erfordernisses besonders betont wird

welche Forderungen an dem Vergleich teilnehmen. Ferner muß er erläutern, nach welchen Grundsätzen die Bewertung erfolgt ist. Auch die Gläubiger sind ebenso vollständig aufzuführen wie etwaige Schuldner. Diese und weitere Einzelheiten zum Vergleichsgrund und zur Vergleichswürdigkeit sind in den §§ 3-7 VglO aufgeführt.

Den Vergleichsvorschlag einschließlich der dazu gehörenden Unterlagen muß der Erbe beim Vergleichsgericht einreichen, das sofort einen vorläufigen Vergleichsverwalter zu bestellen hat (§ 11 I VglO), für den sinngemäß die Vorschriften über den endgültigen Vergleichsverwalter (§§ 38-43 VglO) gelten. Dieser vorläufige Vergleichsverwalter muß also eine geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Person sein (§ 38 VglO.). Er hat die wirtschaftliche Lage des Vergleichsschuldners zu prüfen, und muß dessen Geschäftsführung sowie die Ausgaben der Lebensführung überwachen (§ 39 VglO). Wie der endgültige Vergleichsverwalter hat er die Rechte und Pflichten nach § 40 VglO, insbesondere also auch die Pflicht, die vom Schuldner angegebenen Ursachen der Überschuldung und die Aussichten auf Erfüllung des Vergleichsvorschlags zu prüfen. Dabei muß er ermitteln, ob der Vergleichsvorschlag den Gläubigern das bietet, was sie billigerweise erwarten können¹⁸⁰, und hierüber dem Vergleichsgericht berichten (§ 40 III VglO).

Im Rahmen dieser ersten Prüfungstätigkeit des Vergleichsverwalters steht dieser ebenso wie der endgültige Vergleichsverwalter unter Aufsicht des Vergleichsgerichts (§ 41 VglO), und ist "allen Beteiligten" für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Pflichten haftbar (§ 42 VglO). Diese Vorschrift entspricht § 82 KO. Wie die Haftung des

¹⁸⁰ Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 11
Anm. 4 und Vogels in JW 1936, 4

Konkursverwalters beruht auch die Verantwortlichkeit des vorläufigen wie endgültigen Vergleichsverwalters auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen ihm und den Beteiligten ¹⁸¹, wobei der Beteiligtenbegriff weit auszulegen ist und auch die Gläubiger erfaßt, die am Vergleich "nicht beteiligt" sind ¹⁸². Auf seinen Antrag hin kann das Vergleichsgericht Sicherungsmaßnahmen treffen, um eine den Gläubigern nachteilige Verfügung bis zur Entscheidung über den Vergleichsvorschlag zu verhindern (§ 12 VglO). Besteht der Nachlaß aus einem Handels- oder Gewerbebetrieb hat das Vergleichsgericht zudem nach § 14 VglO die zuständige amtliche Berufsvertretung zu dem Vergleichsantrag zu hören.

Auch das Vergleichsgericht selbst muß prüfen, ob voraussichtlich die gesetzliche oder darüber hinausgehende Mindestquote gedeckt sein wird. Hierzu gehört auch die Schätzung der Liquidationsmasse und die Feststellung der Höhe der nicht beteiligten Forderungen (§ 26 VglO), da diese, soweit begründet, vorab aus dem Liquidationserlös zu befriedigen sind ¹⁸³.

Schon bevor es überhaupt zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens kommt, wird also der Vergleichsvorschlag vom Gericht, von dem vorläufigen Vergleichsverwalter und gegebenenfalls der Berufsvertretung sorgfältig geprüft. Endet diese Prüfung mit einem negativen Ergebnis, hat das Vergleichsgericht von Amts wegen über die Eröffnung des Konkursverfahrens zu entscheiden (§ 19 VglO).

¹⁸¹ Vgl. nur Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 42 Anm. 1 m. w. N.

¹⁸² Vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, a. a. O. mit weiteren Nachweisen sowie Völker, S. 71 ff. m. w. N.

¹⁸³ Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 7 Anm. 3 und 4; Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 27a und § 7 Rdnr. 12

Bestätigt das Vorprüfungsverfahren hingegen die Angaben des Vergleichsschuldners zum Vergleichsgrund und zur Erfüllbarkeit des Vergleichsvorschlags, um nur die wesentlichsten Einzelheiten zu nennen ¹⁸⁴, hat das Vergleichsgericht einen endgültigen Vergleichsverwalter und einen Vergleichstermin zu bestimmen, in dem über den Vergleichsvorschlag verhandelt wird (§ 20 I VglO).

Auf den endgültigen Vergleichsverwalter - in der Regel identisch mit dem vorläufigen ¹⁸⁵ - sind die §§ 38 ff. VglO direkt anwendbar, nur mit dem Unterschied, daß sich seine Berichtspflicht gem. § 40 II VglO insbesondere auf den Vergleichstermin und gegenüber den dort anwesenden Vergleichsgläubigern bezieht. Zur Erfüllung seiner Prüfungsaufgaben und der daraus resultierenden Pflicht, im Vergleichstermin über die Ursachen der Überschuldung, die Angemessenheit des Vergleichsvorschlags und die Aussichten auf seine Erfüllung zu berichten, sind dem Vergleichsverwalter in § 40 I VglO diverse Befugnisse eingeräumt. So ist er berechtigt, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen. Der Schuldner hat ihm Einsicht in Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten. Er wie auch seine Angestellten müssen ferner alle erforderlichen Auskünfte erteilen. Dies sind zwar nicht erzwingbare Rechte ¹⁸⁶. Doch ist der Vergleichsverwalter im Falle der Weigerung zur sofortigen Anzeige an das Vergleichsgericht verpflichtet (§ 40 II VglO), das seinerseits für den Fall unberechtigter Weigerung die Einstellung des Verfahrens anzuordnen hat (§ 100 I S. 4 VglO), und gleichzeitig über die

¹⁸⁴ Zusätzlich zu prüfende Ablehnungsgründe sind in den §§ 17, 18 VglO genannt

¹⁸⁵ Vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 20 Anm. 2

¹⁸⁶ Vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 40 Anm. 3-5. und Völker, S. 80

Eröffnung des Konkursverfahrens nach § 101 VglO zu entscheiden hat.

Die unmittelbare Einflußmöglichkeit des Vergleichsverwalters auf das Vermögen des Schuldners, im Nachlaßvergleichsverfahren also auf den Nachlaß, ist allerdings dadurch abgeschwächt, daß er anders als der Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter nicht anstelle des Vergleichsschuldners/Erben verwaltungs- und Verfügungsbefugt hinsichtlich des Nachlasses ist, sondern diese Befugnis grundsätzlich bei dem Erben bleibt und nur nach den §§ 58 ff. VglO auf seinen Antrag hin oder von Amts wegen beschränkt werden kann¹⁸⁷. Demgegenüber stehen die Einschränkungen des Schuldners nach § 57 VglO. Insbesondere hat der Schuldner nach § 57 II VglO auf Verlangen des Vergleichsverwalters diesem zu gestatten, daß alle aus dem laufenden Geschäftsbetrieb eingehenden Gelder nur von dem Verwalter entgegengenommen und Zahlungen nur von dem Verwalter vorgenommen werden.

Nach § 44 VglO kann das Vergleichsgericht zur Unterstützung und Überwachung des Vergleichsverwalters zudem einen Gläubigerbeirat bestellen, dessen Rechte und Pflichten weitgehend denen des Gläubigerausschusses im Konkursverfahren entsprechen¹⁸⁸. Dieser Gläubigerbeirat kann wie der Vergleichsverwalter Verfügungsbeschränkungen beim Gericht beantragen und zur Bestätigung des Vergleichs Stellung nehmen¹⁸⁹. Gleichzeitig ist er jedoch auch verpflichtet, dem Gericht Mitteilung über Tatsachen zu machen, die ein Einschreiten

¹⁸⁷ Vgl. hierzu schon oben unter B II 2 b: diesen gesetzlichen Ausnahmefall macht die Praxis allerdings zur Regel und erläßt schon im Vorverfahren oft formularmäßig Veräußerungsverbot, vgl. hierzu Völker, S. 89 m.w.N.

¹⁸⁸ Hierzu sowie zu den Unterschieden vgl. Obermüller, FS für Möhring 1975, 101, 108

¹⁸⁹ Obermüller, a.a.O., S. 108

gegen den Vergleichsschuldner oder den Vergleichsverwalter erforderlich machen (§ 45 I VglO). Für die Erfüllung dieser Pflichten sind die Mitglieder des Gläubigerbeirats allen Beteiligten verantwortlich (§ 44 III VglO), wobei auch hier der Beteiligtenbegriff die am Vergleich nicht beteiligten Gläubiger miterfaßt ¹⁹⁰.

Im übrigen endet der Schutz aller Gläubiger durch das Vergleichsgericht nicht etwa schon mit Annahme des Vergleichsvorschlags durch die am Vergleich beteiligten Gläubiger, sondern erst mit Bestätigung des angenommenen Vergleichs gem. § 78 VglO. Diese Bestätigung ist Wirksamkeitserfordernis ¹⁹¹ und darf nur, muß aber auch ergehen, wenn die für den Vergleichsabschluß maßgeblichen formellen und materiellen Vorschriften beachtet sind und nicht einer der Versagungsgründe des § 79 VglO vorliegt ¹⁹². Zu diesen Versagungsgründen zählt das Gesetz in § 79 Nr. 4 VglO ausdrücklich auch den Fall, daß der Vergleich "dem gemeinsamen Interesse der Vergleichsgläubiger" widerspricht.

Nach allgemeiner Auffassung verpflichtet diese Vorschrift das Vergleichsgericht insbesondere, noch einmal die Erfüllbarkeit des Vergleichs zu überprüfen, da in der Zwischenzeit seit Verfahrenseröffnung Umstände eingetreten sein könnten, die eine andere Beurteilung erforderlich machen ¹⁹³.

Ein weiterer wichtiger Anwendungsfall des § 79 Nr. 4 VglO ist der, daß die Konkursöffnung vorteilhafter für die Vergleichsgläubiger ist ¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Obermüller, a. a. O., S. 111 m. w. N.

¹⁹¹ Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 78 Anm. 1

¹⁹² Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 78 Rdnr. 4
und Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 78 Anm.

¹⁹³ Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 79 Rdnr. 11b
und Vogels-Nölte, VglO, 3. Aufl., § 79 Anm. V

¹⁹⁴ Vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 79
Anm. 5 und Bley-Mohrbutter, VglO, § 79 Anm. 11c

Auch dies muß das Vergleichsgericht prüfen und bei Vorliegen der Voraussetzungen die Bestätigung versagen und zugleich von Amts wegen über die Konkurseröffnung entscheiden (§ 80 I VglO). Soll nach dem Liquidationsvergleichsvorschlag die Erfüllung des Vergleichs durch einen Treuhänder vorgenommen werden, darf das Gericht den Vergleich erst bestätigen, nachdem der Abschluß des Treuhandvertrages mit dem vom Vergleichsgericht gebilligten Treuhänder dem Gericht nachgewiesen ist ¹⁹⁵.

Daß die eigentlichen Vergleichsgläubiger im Vergleichstermin es in der Hand haben, vom Schuldner weitergehende Absicherungen als dieser vorgeschlagen hat, zu verlangen ¹⁹⁶, kann dagegen nicht einen wirksamen Schutz aller Gläubiger gewährleisten. Übernimmt etwa der Erbe auch die persönliche Haftung für die Vergleichserfüllung, wird diese als Inhaltswirkung des Vergleichs nur zugunsten der Vergleichsgläubiger begründet. Gegenüber den nicht beteiligten Gläubigern, seien sie solche im eigentlichen Sinne (§ 26 VglO) oder minderberechtigte - dies sind die in § 113 I Nr. 7 VglO aufgeführten -, verbleibt es bei der Haftungsbeschränkung aufgrund des Vergleichs nach § 113 I Nr. 4 VglO i. V. m. § 1989 ¹⁹⁷.

Zwischenergebnis:

Im Nachlaßverwaltungs- und Nachlaßkonkursverfahren nehmen die Verwalter den Nachlaß in Besitz und ermitteln die Aktiva und Passiva. Sie dürfen nach

¹⁹⁵ Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 19c a.E.

¹⁹⁶ Zur Möglichkeit sogar mehrmaliger Änderung des Vergleichsvorschlags zugunsten der Gläubiger im Vergleichstermin vgl. nur Hartlage in NJW 1977, 886, 887

¹⁹⁷ Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 113 Rdnr. 54a und 55a

Bewertung nur dann die Veräußerung des Nachlasses im ganzen erwägen, wenn dies für die Nachlaßgläubiger die günstigste Befriedigungsmöglichkeit verspricht.

Die Zuverlässigkeit dieser Bewertung ist durch die Unabhängigkeit und Geschäftskunde des Verwalters für die Gläubiger gewährleistet. Dagegen geht der Nachlaßliquidationsvergleich auf eine entsprechende Initiative des Erben zurück, der alle dazu gehörenden Bewertungsgesichtspunkte selbst ermittelt und zur Grundlage seines Vergleichsvorschlags macht. Der damit gegebenen Gefahr der Manipulation und Gläubigerbenachteiligung begegnet die VglO zum einen durch strenge Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Vergleichsgrundes, der Vergleichswürdigkeit sowie der Erfüllbarkeit und Billigkeit des Vergleichsvorschlags, zum anderen durch die gerichtliche Bestellung des Vergleichsverwalters, die zwingend schon unmittelbar nach Eingang des Vergleichsantrags bei Gericht erfolgen muß. Dessen Stellung ist zwar insoweit anders als die des Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalters, als er nicht wie diese die Verwaltungs- und Verfügungsbezugnis über den Nachlaß erhält, und zwar selbst dann nicht, wenn das Gericht von Amts wegen oder auf seinen Antrag hin, Verfügungsbeschränkungen zu Lasten des Erben angeordnet hat. Wie auch der Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter ist aber auch der Vergleichsverwalter eine unabhängige und geschäftskundige Person, deren gesetzliche Hauptaufgabe darin besteht, den Schuldner zu überwachen und den Vergleichsvorschlag auf seine Berechtigung und Erfüllbarkeit hin zu überprüfen. Für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Verpflichtungen muß der Vergleichsverwalter wie auch der Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter allen Beteiligten des Vergleichsverfahrens persönlich haften, wobei zu diesen Beteiligten auch die Nachlaßgläubiger gehören, die am Vergleichsverfahren aufgrund

eigenen Entschlusses oder von Gesetzes wegen nicht teilnehmen.

Wie Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter steht auch der Vergleichsverwalter bei seiner Tätigkeit unter Aufsicht des Gerichts, dem er seine Erkenntnisse insbesondere bei auftretenden Unregelmäßigkeiten laufend mitzuteilen hat.

Dem Vergleichsgericht wiederum hat die VglO verschiedene Instrumentarien an die Hand gegeben, um Benachteiligungen der Gläubiger während des laufenden Vergleichsverfahrens und zwar auch schon in der Phase zwischen Antrag und Eröffnung des Verfahrens zu verhindern. Das in der Praxis gebräuchlichste Mittel ist dabei die Verhängung von Verfügungsbeschränkungen, die schärfsten sind die Einstellung des Verfahrens und - damit unmittelbar zusammenhängend - die Eröffnung des Konkursverfahrens. Das Vergleichsgericht hat überdies eine eigene Prüfungspflicht hinsichtlich der Erfüllbarkeit des Vergleichsvorschlags und zwar zuletzt im Zusammenhang mit der Bestätigung des angenommenen Vergleichs.

(2) Schutz der Nachlaßgläubiger bei Erfüllung des Liquidationsvergleichs

Wie oben ¹⁹⁸ näher dargelegt, gibt es vier verschiedene Grundformen, nach denen sich die Verwertung eines Nachlasses oder einer sonstigen Liquidationsmasse in der Praxis vollzieht.

Gesetzlich geregelt ist jedoch nur der Fall, daß der Schuldner sich der Überwachung durch den Sachwalter unterwirft bzw. das Vergleichsverfahren unter Aufsicht des Vergleichsverwalters fortgesetzt wird. Auf diese Grundformen und -wegen ihrer Häufigkeit in der Praxis - die Verwertung in Form der Sachwalterüberwachung in Verbindung mit der

¹⁹⁸ Unter a, aa

Treuhandvereinbarung konzentriert sich die folgende Darstellung, zumal hiervon beide Erfüllungsvarianten, nämlich die unter Aufhebung des Verfahrens und die unter Fortsetzung des Verfahrens, erfaßt werden.

Hat der Vergleichsschuldner sich im Vergleich der Überwachung durch einen Sachwalter bei Erfüllung des Nachlaßliquidationsvergleichs unterworfen, löst nicht schon der Vergleich, sondern erst der in Erfüllung des Vergleichs geschlossene Vertrag mit dem im Vergleich als Sachwalter benannten dessen Rechte und Pflichten zum Tätigwerden aus. Dieser Vertrag - ein entgeltlicher Geschäftsbesorungsvertrag, der auf Dienstleistung geht -, ist zugleich ein Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der Vergleichsgläubiger¹⁹⁹ und der nicht beteiligten Gläubiger, die Anspruch auf Zuteilung aus dem Erlös der Verwertung haben²⁰⁰.

Wird dieser Auftrag an den Sachwalter mit einer Treuhandvereinbarung verbunden, werden also entweder dem Sachwalter die Nachlaßgegenstände übertragen oder wird ihm die unwiderrufliche (§ 92 IV VglO) Einwilligung erteilt, über die Gegenstände der Liquidationsmasse im eigenen Namen zu verfügen, erhält der Sachwalter nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur die Stellung eines doppelseitigen Treuhänders²⁰¹.

Rechte und Pflichten des Sachwalters hat das Gesetz in den §§ 92 ff. VglO geregelt, wobei es

¹⁹⁹ So BGHZ 62, 1, 3 und Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 4a jeweils m. w. N.

²⁰⁰ H. M. vgl. BGH KTS 1961, 136, 138 und OLG Frankfurt KTS 1976, 246, 247 sowie Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 29a, dessen Fundstellenzitate aus der Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte mit Ausnahme der zitierten Entscheidung des OLG Frankfurt seine Auffassung jedoch nicht zu belegen vermögen

²⁰¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 205

sich hinsichtlich der Vorschriften in §§ 92 und 93 I und III VglO allerdings um abdingbare Regelungen handelt (§ 91 II S. 2 VglO). Die Aufgaben des Sachwalters bestimmen sich daher in erster Linie nach dem Zweck der Überwachung und dem Inhalt des Vergleichs und für den Fall der zusätzlichen Treuhandvereinbarung auch nach deren Inhalt.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 92 I VglO hat der Sachwalter die in den §§ 39, 40 I, 42 und 57 VglO bezeichneten Rechte und Pflichten des Vergleichsverwalters. Wie dieser muß er also die wirtschaftliche Lage des Vergleichsschuldners überwachen. Der Sachwalter ist berechtigt, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten, um dort Nachforschungen anzustellen; er hat auch ein Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher. Streitig ist, ob er bezüglich der dabei gewonnenen Erkenntnisse insbesondere im Hinblick auf Bedenken gegen die Erfüllbarkeit des Vergleichs eine Anzeigepflicht nur gegenüber den Vergleichsgläubigern oder auch gegenüber dem Vergleichsgericht hat²⁰². Gegen eine Anzeigepflicht auch gegenüber dem Vergleichsgericht, die dem Vergleichsverwalter nach § 40 II VglO obliegt, spricht schon die eindeutige Fassung des § 92 I VglO, wonach nur die Rechte nach § 40 I VglO auch für den Sachwalter gelten sollen. Gegen eine Anzeigepflicht des Sachwalters sprechen auch Sinn und Zweck des § 40 II VglO. Die darin geregelte Anzeigepflicht ist nur damit erklärbar, daß auch das Vergleichsgericht die Aufsicht über das Vergleichsverfahren hat. Wird diese Aufsicht gem. § 91 I VglO dem Ver-

²⁰² Gegen letzteres Vogels-Nölte, VglO, 3. Aufl., § 92 Anm. I 3 und Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 92 Anm. 3 m.w.N.; für letzteres Bley-Mohrbuter, VglO, § 92 Rdnr. 8a

gleichsgericht entzogen und allein der privatrechtlich ausgestalteten Überwachung durch einen Sachwalter unterstellt, entfällt auch die Anzeigepflicht nach § 40 II VglO. Der Sachwalter hat also bei konkreten Bedenken gegen die Erfüllbarkeit des Vergleichs nur die Pflicht, die Gläubiger hiervon zu verständigen und - mangels eines eigenen Antragsrechts - nur die Möglichkeit, bei diesen die Stellung des Konkursantrages gegebenenfalls anzuregen ²⁰³. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit des Sachwalters, nach § 94 VglO beim Vergleichsgericht die Verhängung von Verfügungsbeschränkungen zu beantragen, falls er etwa Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Erfüllung des Vergleichs aufgrund des Verhaltens des Schuldners hat.

Bei Befriedigung der Nachlaßgläubiger hat der Sachwalter-Treuhänder zu beachten, daß alle Vergleichsgläubiger den gleichen Anspruch auf Befriedigung aus der Liquidationsmasse haben und damit auch nur Anspruch auf gleichmäßige Befriedigung ²⁰⁴. Hat also die Befriedigung der am Vergleichsverfahren nicht beteiligten Gläubiger, deren Forderungen im Konkurs ein Vorrecht genießen (§ 26 I VglO i. V.m. § 61 I Nr. 1-5 KO) und demzufolge aus dem Verwertungserlös vorab zu befriedigen sind ²⁰⁵, den Liquidationserlös soweit aufgezehrt, daß die vereinbarte oder gesetzliche Mindestquote für die Vergleichsgläubiger nicht mehr erreicht werden kann, darf der Sachwalter-Treuhän-

²⁰³ So auch Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 92 Anm. 3; daß der Sachwalter den Konkursantrag nicht selbst stellen kann und das Vergleichsgericht nicht die Möglichkeit hat, von Amts wegen den Anschlußkonkurs zu eröffnen, ist einhellige Auffassung; vgl. außer Böhle-Stamschräder/Kilger a.a.O. auch Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 8a und Uhlenbruck, GmbH-Rdsch 1976, 192

²⁰⁴ Vgl. BGHZ 71, 309, 312 m.w.N. und Kuhn, WM 1979, 742, 753

²⁰⁵ Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 11b

der den verbleibenden Erlös nur in gleichen Teilen an die Vergleichsgläubiger auszahlen.

Für die Erfüllung seiner Pflichten ist der Sachwalter wie der Vergleichsverwalter allen Beteiligten verantwortlich (§ 92 I i. V. m. § 42 VglO ²⁰⁶), also auch denen, die nach § 26 VglO bzw. § 113 I Ziff. 6 und 7 VglO am Vergleich nicht beteiligt sind ²⁰⁷.

Ist nicht der Sachwalter, sondern ein Dritter Treuhänder, gelten im Prinzip die gleichen Grundsätze. Mohrbutter will allerdings für diesen Fall die Überwachungsrechte des Sachwalters einschränken, weil es nicht Sinn einer echten Treuhand sein könne, den Treuhänder in bezug auf das ihm überlassene Vermögen zu überwachen ²⁰⁸.

Wird das Vergleichsverfahren nicht mit der Bestätigung nach § 91 VglO oder - was selten, aber nicht ausgeschlossen ist - nach § 90 VglO aufgehoben, ist nach Maßgabe des § 96 VglO das Verfahren fortzusetzen. In diesem Fall bleibt der Vergleichsschuldner zwar Verfügungsbefugt hinsichtlich des zu liquidierenden Nachlasses ²⁰⁹, wird aber vom Vergleichsverwalter überwacht. Die wesentlichen Unterschiede zur Vergleichserfüllung unter Sachwalteraufsicht oder/und unter Einschaltung eines Treuhänders sind:

Zum einen unterliegt der Vergleichsverwalter weiterhin der Aufsicht durch das Vergleichsgericht ²¹⁰. Desweiteren hat der Vergleichsverwalter auch im Nachverfahren die Pflicht, dem Gericht

²⁰⁶ BGHZ 35, 32 und Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 11

²⁰⁷ Vgl. Bley-Mohrbutter, a. a. O., Fn. 217

²⁰⁸ Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 2c

²⁰⁹ Vgl. nur Mainka, KTS 1970, 12, 14 und Uhlenbruck, KTS 1969, 65 sowie Bley-Mohrbutter, VglO, § 96 Rdnr. 8

²¹⁰ Vgl. nur Bley-Mohrbutter, VglO, § 96 Rdnr. 1

alle Erkenntnisse mitzuteilen, die die Einstellung des Verfahrens rechtfertigen könnten (§ 96 V i. V. m. § 40 II VglO²¹¹). Das Nachlaßgericht muß dann über die Eröffnung des Konkursverfahrens von Amts wegen entscheiden. Der Vergleichsverwalter bleibt allen Vergleichsgläubigern und den nicht beteiligten bevorrechtigten Gläubigern für die Erfüllung seiner Überwachungspflichten nach § 42 VglO verantwortlich²¹².

(3) Ausreichende Absicherung der Nachlaßgläubiger im Liquidationsvergleichsverfahren gegen Beeinträchtigungen ihrer Befriedigungsmöglichkeiten aus dem Nachlaß

Der Grund für die Erwerberhaftung nach den §§ 2382, 2383 liegt ebenso wie der für die Erwerberhaftung nach § 419 darin, daß die Gläubiger dort Befriedigung finden sollen, wo das Vermögen des Erblassers bzw. das Schuldnervermögen geblieben ist, weil die Veräußerung dieses Vermögens an einen Dritten regelmäßig eine Beeinträchtigung der Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger darstellt²¹³.

Für den Sonderfall einer Veräußerung des Nachlasses im ganzen durch den Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter erfährt diese Regelbeurteilung deswegen eine Ausnahme, weil beide Verfahren auf bestmögliche Befriedigung der Nachlaßgläubiger hin zweckgerichtet sind und die Verwirklichung dieses Verfahrenszwecks durch die gerichtliche Bestellung unabhängiger und geschäftskundiger Verwalter, einen gesetzlich geregelten Verfahrensablauf und die Aufsicht des

²¹¹ Zur Pflicht diese Anzeige unverzüglich zu machen vgl. BGH KTS 1963, 170, 175 = BB 1963, 886 = Betrieb 1963, 1320 = VersR 1963, 957 = WM 1963, 916

²¹² Bley-Mohrbutter, VglO, § 96 Rdnr. 8

²¹³ S. o. unter B vor I

Gerichts in jeder Phase der Verwertung gewährleistet ist.

Im Nachlaßvergleichsverfahren gilt gleiches allenfalls für die Phase von Antragstellung bis zur Bestätigung des von den Vergleichsgläubigern angenommenen Liquidationsvergleichsvorschlags und für das nach § 96 VglO fortgesetzte Verfahren. Allerdings bleibt der Vergleichsschuldner nach der gesetzlichen Regelung auch im fortgesetzten Verfahren auch weiter Verfügungsbefugt, soweit ihm nicht Verfügungsbeschränkungen auferlegt werden. Die Rechtsprechung sieht gerade in diesem Umstand einen wesentlichen Unterschied zwischen Konkurs und Vergleichsverfahren und eine wesentlich schwächere Stellung des Vergleichsverwalters als die des Konkursverwalters begründet und will beider Stellung nur für den Fall weitestgehend angeglichen sehen, in dem gegen den Vergleichsschuldner ein allgemeines Veräußerungsverbot verhängt ist ²¹⁴. Ist ein derartiges allgemeines Veräußerungsverbot gegen den Vergleichsschuldner nicht verhängt worden, könnte dies also gegen eine Gleichstellung des Gläubigerschutzes im fortgesetzten Nachlaßvergleichsverfahren mit dem im Nachlaßverwaltungs- bzw. Nachlaßkonkursverfahren sprechen ²¹⁵.

Dagegen spricht wiederum, daß für den Fall abredewidriger Verfügungen des Vergleichsschuldners ohnehin die Wiederauflebensklausel des § 9 VglO mit der Folge eingreift, daß auch die Vergleichsgläubiger wieder ihre ursprüngliche Forderung

²¹⁴ Vgl. BGH KTS 1981, 79, 81 I. Sp. m. w. N.

²¹⁵ In der Praxis - etwa im Vergleichsverfahren sog. Kölner Prägung - werden Verfügungs- und Veräußerungsverbote teilweise schon formularmäßig nach Eingang des Vergleichsantrags bei Gericht und für die gesamte Dauer des Vergleichsverfahrens angeordnet; vgl. Berges, KTS 1955, 5 ff. und kritisch hierzu Künne, KTS 1971, 235

geltend machen können, weil die Geschäftsgrundlage des Vergleichs entfallen ist ²¹⁶. Eine abredewidrige Veräußerung des Nachlasses im ganzen durch den Vergleichsschuldner würde daher wie jede andere Erbschaftsveräußerung auch zu werten sein und damit auch zur Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 führen. Die Fragestellung dieser Untersuchung ist aber die, ob die Veräußerung im Rahmen des Verfahrens die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger beeinträchtigt. Da im fortgesetzten Vergleichsverfahren wie auch im Nachlaßverwaltungs- und im Nachlaßkonkursverfahren die Verwertung im Rahmen eines gesetzlich geregelten Verfahrens unter Aufsicht des Gerichts und zwar nicht durch, aber unter Aufsicht eines vom Gericht bestellten unabhängigen Insolvenzverwalters erfolgt, spricht vieles dafür, hier wie dort einen ausreichenden Schutz der Nachlaßgläubiger vor Beeinträchtigungen ihrer Befriedigungsmöglichkeit zu bejahen und die Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383 zu verneinen.

Hat sich der Vergleichsschuldner - wie häufig - der Aufsicht eines Sachwalters unterworfen oder haben gar die Vergleichsgläubiger im Hinblick auf eine nach dem Vergleich vorgesehene Verwertung durch einen Treuhänder die Verfahrensaufhebung beantragt, wird mit Aufhebung des Vergleichsverfahrens die Abwicklung des bestätigten Vergleichs der unmittelbaren gerichtlichen Kontrolle entzogen und dem auf rein privatrechtlicher Grundlage tätig werdenden Sachwalter, Sachwalter-Treuhänder oder Treuhänder in die Hand gegeben. Auf die Gestaltung dieses Rechtsverhältnisses nimmt das Gericht keinen Einfluß. Der Sachwalter, Sachwalter-Treuhänder oder Treuhänder untersteht auch nicht seiner Aufsicht. Das Gericht hat hinsichtlich des

²¹⁶ Vgl. nur Bley-Mohrbuter, VglO, § 9 Rdnr. 5a und Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 9 Anm. 4

Sachwalters nur die beschränkten Einwirkungsmöglichkeiten des § 92 II und III VglO.

Auf den Sachwaltersvergleich und alle anderen Liquidationsvergleichsformen, bei denen die Verwertung unter Aufhebung des Verfahrens erfolgt, treffen also die Gründe nicht zu, die den Ausschluß der Haftung bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter verständlich machen. Vielmehr spricht das Fehlen dieser Kriterien für die Haftung des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383, weil eine privatrechtlich ausgestaltete Verwertung grundsätzlich weniger sicher ist als eine gesetzlich geregelte unter Einschaltung eines vom Gericht bestellten unabhängigen und geschäftskundigen Insolvenzverwalters, der unter Aufsicht des Gerichts steht ²¹⁷. Dies zeigt sich für die Sachwalterschaft schon im Fehlen einer Anzeigepflicht an das Vergleichsgericht. Hat der Sachwalter Erkenntnisse über eine Gefährdung der Erfüllbarkeit des Vergleichs, kann er dies den Gläubigern nur durch Rundschreiben mitteilen und muß es ihnen überlassen, hieraus die Konsequenzen zu ziehen, namentlich einen Konkursantrag zu stellen. Dagegen findet im fortgesetzten Verfahren eine weitere Überwachung durch den Vergleichsverwalter und das Vergleichsgericht statt und droht im Falle der Nichterfüllbarkeit des Vergleichs der Anschlußkonkurs von Amts wegen ²¹⁸.

Gegen eine Haftung des Erwerbers kann andererseits angeführt werden, daß ansonsten der Gläubigerschutz überspannt wird. Immerhin durchläuft der

²¹⁷ So das Argument des BGH in BGHZ 62, 1, 3 und 4 für eine uneingeschränkte Auskunftspflicht des Sachwalters gegenüber allen Gläubigern und so die Begründung des OLG Köln in NJW 1960, 966, 967 I. Sp. für die Fortgeltung des § 419 im außergerichtlichen Vergleichsverfahren

²¹⁸ So auch Uhlenbruck, GmbH-Rdsch 1976, 183, 192 unter Ziff. 6 m. w. N. dort in Fn. 22

Vergleichsvorschlag bis zu seiner Bestätigung mehrere Überprüfungen durch den Vergleichsverwalter und das Vergleichsgericht, deren vorderstes Ziel die Feststellung seiner Erfüllbarkeit und Billigkeit ist. Ist der Sachwalter auch noch der bisherige Vergleichsverwalter, was in der Praxis die Regel ist ²¹⁹, dürften seine Objektivität und Sachkunde nur schwerlich dadurch beeinträchtigt werden können, daß seine Rechtsstellung nunmehr ausschließlich auf dem Vertrag zwischen ihm und dem Schuldner beruht, zumal er den Gläubigern für eine ordnungsgemäße Überwachung persönlich einzustehen hat (§ 92 I i. V. m. § 42 VglO).

Schließlich spricht auch ein gesetzessystematischer Gesichtspunkt dafür, die Haftung des Erwerbers auch in den Fällen zu verneinen, in denen die Veräußerung des Nachlasses im ganzen außerhalb des Vergleichsverfahrens nach seiner Aufhebung erfolgt: das Vergleichsverfahren soll, damit die Erfüllung des Vergleichs möglichst gewährleistet ist, erst aufgehoben werden, wenn der Vergleich erfüllt ist (§ 96 VglO). Eine frühere Aufhebung soll erst dann erfolgen können, wenn die Erfüllung durch die freiwillige Unterwerfung des Schuldners unter die Aufsicht eines Sachwalters als hinreichend sichergestellt erscheint ²²⁰. Die Sicherstellung der Vergleichserfüllung ist auch das maßgebliche Kriterium für die Entscheidung des Vergleichsgerichts, ob in den Fällen des § 90 I VglO die Aufhebung des Verfahrens "dem gemeinsamen Interesse der Vergleichsgläubiger" entspricht oder nicht ²²¹. Denn die Ablehnung eines dahingehenden Antrages bzw. das Absehen von einem dahingehenden Aufhebungsbeschluß (§ 90 II VglO) führt zwangsläufig

²¹⁹ Vgl. Bley-Mohrbutter, VglO, § 92 Rdnr. 1

²²⁰ So auch Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 92 Anm. 1

²²¹ So wohl auch Böhle-Stamschräder/Kilger, VglO, § 90 Anm. 3 a. E.

fig zur Fortsetzung des Verfahrens nach § 96 VglO. Setzt also das Gesetz bei jeder Form der Vergleichserfüllung voraus, daß die Interessen der Gläubiger ausreichend gewahrt sind, kann diese Interessenbewertung bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 419 bzw. der §§ 2382, 2383 keine andere sein.

Auch bei Veräußerung des ganzen Nachlasses durch den Erben, Sachwalter oder Treuhänder aufgrund eines gerichtlichen Liquidationsvergleichs ist daher die teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 mit der Folge ihres Ausschlusses geboten, weil auch in diesen Fällen die Nachlaßgläubiger gegen Beeinträchtigungen ihrer Befriedigungsmöglichkeiten ausreichend geschützt sind.

Dieses Ergebnis wird zusätzlich durch die Erkenntnis gestützt, daß eine Erwerberhaftung auch wirtschaftlich sinnlos wäre.

Gemäß § 2383 I S. 1 gelten für die Haftung des Käufers die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben. Dem Käufer stehen damit, unter der Voraussetzung, daß er nicht schon endgültig unbeschränkt haftet, weil auch der Verkäufer bereits sein Recht zur Haftungsbeschränkung verloren hatte (§ 2383 I S. 2), außer der Einrede der beschränkten Erbenhaftung (§§ 1990-1992) auch das Recht zu, Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs und Nachlaßvergleichsverfahren wie ein Erbe zu beantragen²²².

Gerade von seinem Recht auf Beantragung des Nachlaßkonkurses oder Nachlaßvergleichs könnte der Käufer aber auch in dem Fall Gebrauch machen, in dem er die Erbschaft durch eine Veräußerung aufgrund eines Nachlaßliquidationsvergleichs erwirbt. Ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen.

²²² Vgl. nur Schlüter, § 57 V 3. b, bb und Erman-Schlüter, § 2383 Rdnr. 1

daß die Schulden der Rechtszuständigkeit am Vermögen folgen, würde auch der Erwerber einen überschuldeten Nachlaß erhalten, so daß die Voraussetzungen sowohl des § 215 KO als auch die des § 113 I Nr. 1 VglO erfüllt sind. Folge hieraus wäre, daß über denselben Nachlaß ein zweites Insolvenzverfahren durchgeführt werden müßte, in dem nun der Erwerber Gemein- oder Vergleichsschuldner wäre, damit auch doppelte Kosten verursacht würden und der Liquidationserlös entsprechend geschmälert würde, ein Ergebnis, an dem die Nachlaßgläubiger kein vernünftiges und schutzwürdiges Interesse haben können.

Anders als bei Veräußerung durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter, wo dieses ursprünglich von Henckel gegen die Anwendbarkeit des § 419 für Vermögensveräußerungen durch den Konkursverwalter entwickelte Argument deshalb nur teilweise durchschlagen konnte ²²³, besteht im Falle der Veräußerung aufgrund eines gerichtlichen Nachlaßliquidationsvergleichs nicht die Möglichkeit, daß der Erbe bereits unbeschränkt haftete und damit automatisch der Erwerber auch unbeschränkt haften muß (§ 113 I Nr. 3 VglO)

Da die Inanspruchnahme des Erwerbers nach den §§ 2382, 2383 also den Interessen der Nachlaßgläubiger sogar zuwiderläuft, gebietet auch diese Konsequenz die teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 mit der Folge ihres Ausschlusses bei Erwerb des Nachlasses aufgrund eines Liquidationsvergleichs.

c) Zusammenfassung und Ergebnis zu 2.:

Während im Nachlaßverwaltungs- und Nachlaßkonkursverfahren die Verwertung des Nachlasses zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung vorrangiges Verfahrens-

²²³ Vgl. oben unter 1

ziel ist, ist im Nachlaßvergleichsverfahren die Veräußerung des Nachlasses nur in einer von mehreren denkbaren Vergleichsformen, dem Liquidationsvergleich, möglich und zulässig. Obwohl nach § 113 I Nr. 4 VglO mit Bestätigung eines Nachlaßvergleichs die Haftung des Erben gegenüber allen Nachlaßgläubigern endgültig auf den Nachlaß beschränkt wird und eine Einstandspflicht des Erben nach Verwertung des Nachlasses für etwaige Differenzbeträge zwischen zugesagter oder gesetzlicher Mindestquote und tatsächlich erzieltm Erlös nicht in Betracht kommt, ist letzteres jedenfalls nach Sinn und Zweck des § 7 IV VglO anzunehmen.

Anders als bei Verwertung des Nachlasses im Nachlaßverwaltungs- oder Nachlaßkonkursverfahren ist die Veräußerung des Nachlasses auch nicht zwingend Teil des Verfahrens. Sie muß sogar unter Aufhebung des Verfahrens erfolgen, wenn die Voraussetzungen der §§ 90, 91 VglO erfüllt sind. Schon deshalb erweist sich die pauschale Gleichsetzung von Vergleichs- und Konkursverfahren als gerichtlich kontrollierte Verfahren als ungenau und unrichtig. Selbst für den Fall der Vergleichserfüllung im fortgesetzten Verfahren nach § 96 VglO kann eine Gleichstellung mit dem Konkursverfahren mit Blick darauf in Frage gestellt werden, daß der Vergleichsschuldner nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich weiterhin Verfügungsbefugt über den Nachlaß bleibt und der Vergleichsverwalter auch in dieser Nachverfahrensphase "nur" Aufsichtsbefugnisse hat.

Von einem gerichtlich kontrollierten Verfahren kann uneingeschränkt nur für die Zeit von der Antragstellung bis zur Bestätigung des Vergleichs die Rede sein. Während dieses Verfahrensabschnittes bietet allerdings eine wiederholte Prüfung des Vergleichsvorschlags durch den vorläufigen und

endgültigen Vergleichsverwalter, die Berufsvertretung und das Vergleichsgericht sowie die ständige Aufsicht durch Verwalter und Gericht in Verbindung mit der Haftungsregelung des § 42 VglO den Nachlaßgläubigern eine weitgehende Gewähr dafür, daß der im Vergleichstermin als angemessen und erfüllbar bestätigte Vergleich auch zu der in Aussicht gestellten Befriedigung führt.

Ferner ist zu berücksichtigen, daß selbst bei Aufhebung des Vergleichsverfahrens entweder der Vergleichsschuldner/Erbe weiter unter Aufsicht des Sachwalters steht bzw. die Verwertung des Nachlasses in dessen Hand oder der eines Treuhänders liegen kann. Diese Umstände zusammengekommen gebieten daher letztlich die teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 mit der Folge ihres Ausschlusses auch in den Fällen der Veräußerung des ganzen Nachlasses aufgrund eines gerichtlichen Liquidationsvergleichs, weil die Nachlaßgläubiger hinsichtlich ihrer Befriedigungsmöglichkeit aus dem Nachlaß ausreichend geschützt sind.

Dieses Ergebnis wird zusätzlich durch die Erkenntnis unterstützt, daß eine Erwerberhaftung auch wirtschaftlich sinnlos wäre. Denn auch der Erwerber könnte die Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß durch einen Antrag auf Nachlaßkonkurs oder Nachlaßvergleich erreichen. Die wiederholte Verwertung desselben Nachlasses würde aber nur doppelte Kosten und eine entsprechende Schmälerung des Liquidationserlöses zur Folge haben - ein sogar gegen die Interessen der Nachlaßgläubiger gerichtetes Ergebnis, das nicht von Sinn und Zweck der §§ 2382, 2383 gedeckt ist.

3. Haftung des Erwerbers bei Veräußerung des ganzen Nachlasses durch einen Testamentsvollstrecker

Veräußert der Testamentsvollstrecker den Nachlaß, sei es aufgrund einer letztwilligen Verfügung des

Erblassers, sei es auch nur, weil er dies für die günstigste Möglichkeit hält, bestehende Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen, soll nach Auffassung von Ferid-Cieslar ²²⁴ ein Erbschafts Kauf i. S. der §§ 2371 ff. mit der Haftungsfolge aus den §§ 2382, 2383 für den Erwerber vorliegen. Eine nähere Begründung für diese Auffassung fehlt, obwohl diese Folgerung keineswegs selbstverständlich ist. Immerhin wird der Testamentsvollstrecker, wie eingangs dieses Abschnittes schon dargelegt ²²⁵, wie der Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter als Amtstreuhandler bezeichnet ²²⁶, und ist der Testamentsvollstrecker wie diese mit einer aus dem Recht des Erben am Nachlaß abgeleiteten gesetzlichen Verpflichtungs-, Verfügungs-, Erwerbs- und Prozeßführungsermächtigung ausgestattet ²²⁷. Seine Rechtsstellung gleicht insoweit der des Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalters.

Fraglich ist jedoch, ob abgesehen davon, auch für die Veräußerung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker ähnliche Kriterien festgestellt werden können, die im Falle der Veräußerung des ganzen Nachlasses durch Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter eine teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 mit der Folge ihres Ausschlusses gebieten. Stichwortartig wiederholt sind dies Auswahl und Bestellung der Verwalter durch das Nachlaß- oder Konkursgericht, auf Gläubigerbefriedigung hin zweckgerichtete Aufgabenstellung der Verwalter, Beaufsichtigung der Verwalter bei ihrer Amtsausübung durch das Gericht und Haftung der

²²⁴ In Staudinger, Einl. zu § 2371 Rdnr. 62

²²⁵ Vgl. oben vor I

²²⁶ Vgl. hierzu auch BGHZ 13, 203 und 51, 214; Staudinger-Reimann, vor § 2197 Rdnr. 12; Palandt-Edenhofer, vor § 2197 Anm. 1 und Soergel-Damrau vor § 2197 Rdnr. 8 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen

²²⁷ Vgl. hierzu oben vor I

Verwalter gegenüber den Nachlaßgläubigern für auch nur fahrlässig begangene Pflichtverletzungen.

a) Auswahl und Ernennung des Testamentsvollstreckers

Eine Testamentsvollstreckung setzt ausnahmslos eine Anordnung in einer Verfügung von Todes wegen ²²⁸ voraus. Dabei kann der Erblasser, der eine Testamentsvollstreckung wünscht, grundsätzlich zwischen drei verschiedenen Möglichkeiten wählen. Zum einen kann er die Person, die er als Testamentsvollstrecker wünscht, im Testament benennen (§ 2197 I). Er kann sich aber auch damit begnügen, die Testamentsvollstreckung anzuordnen und entweder die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen (§ 2198) oder in der letztwilligen Verfügung das Nachlaßgericht ersuchen, einen Testamentsvollstrecker auszuwählen und zu ernennen, § 2200.

Hinsichtlich der letztgenannten Möglichkeit ist umstritten, ob das Nachlaßgericht dem Ersuchen des Erblassers nachkommen muß ²²⁹ oder die Ernennung im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlaßgerichts steht ²³⁰.

Für die letztgenannte Auffassung spricht schon der Wortlaut des § 2200 I, worin es ausdrücklich heißt, daß das Nachlaßgericht die Ernennung vornehmen kann. Die Mindermeinung, die geltend macht,

²²⁸ Testament (§ 2197) oder einseitige Verfügung im Erbvertrag (§§ 2299, 2278 II); vgl. hierzu Palandt-Edenhofer, § 2197 Anm. 1 und Damrau, JA 1984, 130 r. Sp.

²²⁹ So Münchener-Kommentar-Brandner, § 2200 Rdnr. 5

²³⁰ So die herrschende Meinung, vgl. OLG Hamm, RPfleger 1984, 316, 317 l. Sp.; BayObLGZ 1964, 153, 157; OLG Frankfurt, RPfleger 1978, 178, 179; Erman-Hense, § 2200 Rdnr. 1; Staudinger-Dittmann, § 2200 Rdnr. 8; Soergel-Damrau, § 2200 Rdnr. 4; Palandt-Edenhofer, § 2200 Anm. 2; Haegeler/Winkler, Testamentsvollstrecker, Rdnr. 74 und Jansen, FGG, § 81 Rdnr. 2

daß die Ernennung dem Nachlaßgericht als gesetzlich übertragene Aufgabe obliege, wenn die Voraussetzungen in Gestalt eines wirksamen Ernennungsgesuchs und noch zu erfüllender Verwaltungsaufgaben gegeben seien, geht nicht nur über den Wortlaut des Gesetzes hinweg, sondern ist auch mit Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht vereinbar. Nach den Protokollen der 2. Kommission ²³¹, die den § 2200 erstmals in den Entwurf aufgenommen hat, wurde die "Kann-Bestimmung" nicht nur wegen einer ansonsten zu befürchtenden übertriebenen Inanspruchnahme des Gerichts mit der Fürsorge für Privatsachen, sondern auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer "grund- und zwecklosen Anordnung des Erblassers" gewählt. Hinzukommt, daß auch eine ursprünglich begründete Anordnung durch eine Veränderung der Umstände obsolet geworden sein kann ²³². Schließlich wäre eine Pflicht zur Ernennung des Testamentsvollstreckers auf das Ersuchen des Erblassers hin auch nicht mit § 2200 II zu vereinbaren, der vor einer Ernennung die Anhörung der Beteiligten ²³³ vorschreibt ²³⁴. Das Nachlaßgericht hat also nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Lage des Nachlasses und des Interesses der Beteiligten zu entscheiden, ob auf das Ersuchen des Erblassers hin tatsächlich ein Testamentsvollstreckender einzusetzen ist. Will es über das Gesuch positiv entscheiden, steht auch die Auswahl des Testamentsvollstreckers im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlaßgerichts, wobei es nur gehalten ist, keine ersichtlich ungeeignete Person zu ernennen ²³⁵.

²³¹ Prot. V, S. 251

²³² Vgl. hierzu KG in KGJ 45 (1914), 114, 115, 116

²³³ Zu der Auslegung des Beteiligtenbegriffes vgl. BGH NJW 1961, 1717, 1718 - BGHZ 35, 296 ff. - LM Nr. 3 zu § 2227 BGB

²³⁴ So auch OLG Hamm, Rpfleger 1984, 316, 317

²³⁵ Vgl. nur Palandt-Edenhofer, § 2200 Anm. 2a

Auswahl und Ernennung des Testamentsvollstreckers erfolgen also anders als die des Nachlaßverwalters oder Nachlaßkonkursverwalters nicht zwingend durch das Gericht. Dies ist vielmehr nur eine von mehreren verschiedenen Möglichkeiten der Testamentsvollstreckernerennung, die zudem einen entsprechenden Wunsch des Erblassers und die Anerkennung der Berechtigung seines Ersuchens durch das Nachlaßgericht voraussetzt. Während die Auswahl und Ernennung von Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter den Beginn eines gesetzlich geregelten Verfahrens markiert und gewährleistet, daß den gesetzlichen Anforderungen an den Verwalter als unabhängige und geschäftskundige Person Genüge getan wird, ist Sinn und Zweck des § 2200 nur die Gewährleistung der Durchsetzung eines anerkennens- und interessegerechten Wunsches des Erblassers nach Testamentsvollstreckung. Das Ermessen, das dem Nachlaßgericht insoweit zusteht, ist, wie schon die Gesetzesmaterialien zeigen, zum einen Ausdruck staatlicher Unabhängigkeit - das Gericht soll nicht bloßes Ausführungsorgan auch haltloser, überholter oder schikanöser Anordnungen des Erblassers sein. Zum anderen ist es - in Verbindung mit der Voraussetzung eines entsprechenden Ersuchens - Ausdruck staatlicher Zurückhaltung - das Nachlaßgericht soll erst dann tätig werden dürfen, wenn der Erblasser dies wünscht, muß aber nicht seinem Wunsch auf Ernennung eines Testamentsvollstreckers nachkommen. Selbst wenn der Erblasser also von der Möglichkeit des § 2200 Gebrauch macht, ist nicht einmal gewährleistet, daß überhaupt ein Testamentsvollstrecker ernannt wird.

Für den Fall, daß der Erblasser nach § 2197 vorgeht und selbst einen Testamentsvollstrecker ernennt, ist er - anders als das Gericht, das den Nachlaß- bzw. Nachlaßkonkursverwalter bestellt - nicht an irgendwelche positiven Auswahlkriterien

gebunden. Der Testamentsvollstrecker muß weder vom Erben noch vom Erblasser unabhängig und geschäftskundig sein. Die einzige gesetzliche Einschränkung für die Wirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung ist in § 2201 geregelt. Danach darf der Testamentsvollstrecker nicht geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit eingeschränkt sein und auch nicht unter Pflegschaft gem. § 1910 stehen.

Das, was beim Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter eine wesentliche Garantie für ihren uneigennützigen Treuhänderstatus sowohl gegenüber dem Erben als auch insbesondere gegenüber den Nachlaßgläubigern ist, nämlich Auswahl durch das Gericht nach den Kriterien Unabhängigkeit und Geschäftskunde, ist für die Person des Testamentsvollstreckers jedenfalls nicht gewährleistet. Schon deshalb sind Zweifel angebracht, ob die dem Testamentsvollstrecker zukommende Amtsstellung eine ausreichende Gewähr für die Berücksichtigung und Achtung der Gläubigerinteressen und gegen die Beeinträchtigung ihrer Befriedigungsmöglichkeit bei Veräußerung der Erbschaft durch den Testamentsvollstrecker bietet.

b) Aufgaben des Testamentsvollstreckers

Die Aufgaben des Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalters sind im Gesetz festgelegt und bestehen vornehmlich darin, die Nachlaßgläubiger zu befriedigen.

Der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers bestimmt sich, soweit nicht zwingende Vorschriften des Gesetzes entgegenstehen, nach dem Willen des Erblassers. Hat dieser nicht Besonderes angeordnet, so obliegen dem Testamentsvollstrecker nach den §§ 2203-2205 drei Aufgaben:

Nach § 2203 hat der Testamentsvollstrecker die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszufüh-

ren, soweit sie rechtsgültig sind ²³⁶. Diese ausführende oder Abwicklungsvollstreckung ²³⁷ ist der gesetzliche Regelfall.

Wenn mehrere Erben vorhanden sind, hat der Testamentsvollstrecker nach § 2204 die Auseinandersetzung unter ihnen nach Maßgabe der §§ 2042-2056 zu bewirken.

Schließlich obliegt ihm nach § 2205 die Verwaltung des Nachlasses, und zwar solange es zur Erledigung der in §§ 2203, 2204 bezeichneten Aufgaben erforderlich ist ²³⁸.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der Testamentsvollstrecker also mehr Vollstrecker des letzten Willens oder der Auseinandersetzungsanordnungen oder beider als Treuhänder des Nachlasses ²³⁹. Hauptzweck seiner Tätigkeit ist die Durchführung der letztwilligen Verfügung des Erblassers und nicht die Befriedigung von Nachlaßgläubigern. Allerdings muß der Testamentsvollstrecker die Nachlaßschulden berichtigen, wenn es sich um Vermächtnisse und Auflagen handelt, § 2203. Die Bezahlung von Nachlaßschulden hat ferner zu erfolgen (§ 2217 II), soweit eine ordnungsgemäße Verwaltung dies verlangt ²⁴⁰, wie es etwa bei fälligen Ansprüchen der Fall ist ²⁴¹. Zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung würde es demnach auch gehören, daß der Testamentsvollstrecker im

²³⁶ Vgl. nur von Lübtow, S. 940; Palandt-Edenhofer, § 2203 Anm. 2a und Erman-Hense, § 2203 Rdnr. 4

²³⁷ So BayObLGZ 1976, 67, 71 ff.

²³⁸ Prot. V, S. 268, 279, 307, 529; Planck-Flad, § 2205 Anm. 1; RGRK-Kregel, § 2205 Anm. 1; Palandt-Edenhofer, § 2205 Anm. 1 und von Lübtow, S. 944

²³⁹ So schon Karpe in Lange, 3. Denkschrift, S. 123 und Schlüter, § 42 I 2

²⁴⁰ Mot. V, S. 231 ff.; Prot. V, S. 282, 529; Strohal I, S. 280; Kretzschmar, § 46 II 3 c, S. 285; Planck-Flad, § 2205 Anm. 17b und BGHZ 35, 296, 301

²⁴¹ Vgl. von Lübtow, S. 946

Falle einer Veräußerung des Nachlasses aus dem Erlös die bestehenden Nachlaßverbindlichkeiten berichtet. Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter unterliegen auch insoweit einer Aufsicht durch das Gericht und haben den Nachlaßgläubigern persönlich dafür einzustehen, wenn sie dieser Verpflichtung nicht oder nur ungenügend nachkommen. Auch deshalb können die Nachlaßgläubiger bei Veräußerung durch diese Verwalter gegen die Beeinträchtigung ihrer Befriedigungsmöglichkeiten als ausreichend gesichert angesehen werden. Ob gleiches auch für den Fall der Veräußerung durch den Testamentsvollstrecker bejaht werden kann, hängt davon ab, inwieweit dieser bei seiner Verwaltertätigkeit einer Kontrolle durch das Nachlaßgericht unterliegt und ob auch er den Nachlaßgläubigern für den Fall einer nicht ordnungsgemäßen Verwaltung insbesondere hinsichtlich der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu haften hat.

c) Beaufsichtigung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht und Haftung des Testamentsvollstreckers

Nach herrschender Ansicht untersteht der Testamentsvollstrecker bei seiner Amtsführung nicht einer allgemeinen Aufsicht des Nachlaßgerichts wie der Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter; der Nachlaßrichter darf nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen (vgl. §§ 2198 II, 2200, 2202 II und III, 2216 II, 2224, 2226, 2227

und 2368) tätig werden ²⁴². Die Aufsicht über die Vermögensverwaltung gehört nicht dazu ²⁴³.

Demgegenüber vertritt eine Mindermeinung die Auffassung, daß § 2227 I, wonach das Nachlaßgericht den Testamentsvollstrecker aus wichtigem Grund entlassen kann, insbesondere bei grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, den Testamentsvollstrecker im Ergebnis unter die Überwachung des Nachlaßgerichts stelle und damit eine gesonderte Einführung dieser Überwachung, wie sie auch der Erbrechtsreformausschuß erwogen hat ²⁴⁴, unnötig sei ²⁴⁵.

Gegen diese Auffassung spricht schon, daß die Entlassung des Testamentsvollstreckers gem. § 2227 I einen Antrag voraussetzt und erst dieser Antrag das Nachlaßgericht verpflichtet, von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen wegen des geltend gemachten Entlassungsgrundes anzustellen ²⁴⁶.

Abgesehen davon wäre die auf Antrag eingeleitete Überprüfung der Verwaltertätigkeit des Testamentsvollstreckers allenfalls der Aufsichtsfunktion des Gerichtes bei Nachlaßverwaltung und im Nachlaßkonkursverfahren vergleichbar, wenn auch den Nachlaßgläubigern ein derartiges Antragsrecht zustände

²⁴² Vgl. BayObLGZ 1953. 357. 361; KG JR 1951. 732, 733. 1. Sp.; Brand-Kleeff, S. 382; Schlüter, § 42 I 2; Münchener-Kommentar-Brandner, vor § 2197 Rdnr. 5; Soergel-Damrau, vor § 2197 Pdnr. 27 und § 2216 Pdnr. 11; von Lübtow, S. 931; Damrau, JA 1984. 130. 134 r. Sp.; für die Vorarbeiten zum BGB galt das Fehlen einer gerichtlichen Aufsicht als selbstverständlich: 46t. V. S. 225

²⁴³ Brand-Kleeff, S. 382 und Soergel-Damrau, § 2216 Rdnr. 11 sowie RGZ 144. 404

²⁴⁴ Vgl. Ohr in Lange, 4. Denkschrift, S. 321

²⁴⁵ So Lange-Kuchinke, § 29 VIII 2 b. S. 433 und wohl auch von Lübtow, S. 932

²⁴⁶ § 12 FGG; vgl. hierzu RGZ 133. 128. 132; BayObLGZ 1957. 317, 320 und OLG Zweibrücken, DNotZ 1972. 112

und diese auf diesem Wege etwa geltend machen könnten, daß der Testamentsvollstrecker ihre Interessen an einer Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten nicht oder nicht hinreichend beachte.

Zu den "Beteiligten", die nach § 2227 I das Recht haben, den Entlassungsantrag zu stellen, gehören aber nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum nicht die gewöhnlichen Nachlaßgläubiger ²⁴⁷, sondern nur die nachlaßbeteiligten Gläubiger, also die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und Auflagegläubiger ²⁴⁸, im übrigen insbesondere der Erbe.

Deren Interessen und deren Gründe an bzw. für eine Entlassung des Testamentsvollstreckers müssen aber keineswegs identisch mit denen der "gewöhnlichen" Nachlaßgläubiger sein, so daß durch ihren Antrag eine die Interessen der Nachlaßgläubiger berücksichtigende Überprüfung der Verwaltungstätigkeit nicht gewährleistet wird.

Eine Schadensersatzhaftung des Testamentsvollstreckers hat das Gesetz in § 2219 I nur gegenüber dem Erben und dem Vermächtnisnehmer normiert. In Literatur und Rechtsprechung herrscht denn auch fast einhellige Übereinstimmung, daß der Testamentsvollstrecker dritten Personen gegenüber,

²⁴⁷ So BGHZ 35, 296, 300; BGH NJW 1963, 1553; BGH DNotZ 1962, 143; Kipp-Coing, § 75 IV Fn. 5; Schlüter, § 42 II 3 d; Erman-Hense, § 2227 Rdnr. 2; Palandt-Edenhofer, § 2227 Anm. 3; Schlegelberger, FGG, § 81 Bem. 3; Staudinger-Reimann, § 2227 Rdnr. 15; RGRK-Kregel, § 2227 Rdnr. 2; Jansen, FGG, § 81 Rdnr. 4; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 81 Rdnr. 5 und Soergel-Damrau, § 2227 Rdnr. 3; a. A. BayObLGZ 21, 206; 17, 156; KG OLGE 40, 137

²⁴⁸ Schlüter, § 42 II 3 d; Soergel-Damrau, § 2227 Rdnr. 3 und Palandt-Edenhofer, § 2227 Anm. 3 jeweils m. w. N.

namentlich Nachlaßgläubigern nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung hafte²⁴⁹. Hiergegen macht von Lübtow geltend, es könne vorkommen, daß der Testamentsvollstrecker durch schuldhaftes Verhalten die Befriedigung der Gläubiger aus Mitteln des Nachlasses unmöglich mache. Die Verfasser des BGB hätten in diesem Zusammenhang die Frage einer Haftung des Testamentsvollstreckers nicht einmal geprüft. Es liege eine Lücke vor, die auszufüllen sei. Möge auch dem Testamentsvollstrecker die Befriedigung der Nachlaßgläubiger nicht wie dem Nachlaßverwalter als besondere Aufgabe zugewiesen sein, so erwachse sie ihm doch zusätzlich, wobei er sich auf die §§ 2217, 2204, 2046 beruft. Seiner Auffassung nach ist der Testamentsvollstrecker daher auch den Nachlaßgläubigern gegenüber zur ordnungsgemäßen Verwaltung verpflichtet und ihnen analog § 1985 II S. 1 und 2 dafür unmittelbar verantwortlich²⁵⁰.

Ob von Lübtows Analogieschluß gerechtfertigt ist, hängt von der Feststellung ab, daß der Testamentsvollstrecker den Nachlaßgläubigern gegenüber zur Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten verpflichtet ist, diese also ebenso wie gegenüber dem Nachlaßverwalter einen dahingehenden Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker haben. Denn aus einer derartigen Verpflichtung resultiert auch die Verantwortlichkeit des Nachlaßverwalters den Nachlaßgläubigern gegenüber. Nur das Bestehen einer derartigen Pflicht könnte von Lübtows Auffassung stützen, daß angesichts der in § 2219

²⁴⁹ Vgl. Brox, Erbrecht, Rdnr. 400; Erman-Hense, § 2219 Rdnr. 4; Münchener-Kommentar-Brandner, § 2219 Rdnr. 8; Soergel-Damrau, § 2219 Rdnr. 8; BGHZ 21, 285, 293 = NJW 1956, 1598; BGH WM 1957, 514; BGHZ 35, 296, 301 und BGHZ 57, 84, 88

²⁵⁰ von Lübtow, S. 988

getroffenen Haftungsregelung eine planwidrige Lücke im Gesetz besteht.

Soweit sich von Lübtow für eine derartige Verpflichtung auf die §§ 2204 i. V. m. 2246 stützt, kann ihm nicht gefolgt werden.

Zwar sind nach § 2046 aus dem Nachlaß zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen. Doch ist diese Vorschrift dispositiv, können die Miterben also anderes vereinbaren. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum gilt sie nur im Innenverhältnis zwischen den Miterben und gewährt den Nachlaßgläubigern keinen Anspruch²⁵¹. Die Gründe hierfür ergeben sich aus dem Zusammenhang mit den §§ 2058 ff. Nach § 2058 haften die Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner. Gemäß § 2059 I S. 1 kann jeder Miterbe bis zur Teilung die Nachlaßgläubiger auf seinen Anteil am Nachlaß verweisen. Durch die Teilung des Nachlasses wird diese Haftung verschärft. Denn nunmehr können die Miterben die Haftung nicht mehr auf ihren Nachlaßanteil beschränken, sondern haben - mit Ausnahme der in §§ 2060, 2061 geregelten Fälle - ohne diese Beschränkung für die Nachlaßverbindlichkeiten einzustehen. Die Miterben haben also ein erhebliches Interesse an einer Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten vor Teilung des Nachlasses. Gegen diese weitgehende Haftung will das Gesetz die Miterben durch § 2046 I schützen und ihren Interessen an einer Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten vor der Teilung des Nachlasses Rechnung tragen²⁵². Die Nachlaßgläubiger profitieren also allenfalls von einer allein den Schutz

²⁵¹ So auch v. Lübtow, S. 831, 832; Kretzschmar, § 87 I 4, S. 618; Kipp Coinq., § 117 I 1, S. 508; Erman-Schlüter, § 2046 Rdnr. 1; Münchener-Kommentar-Dütz, § 2046 Rdnr. 3; RGZ 95, 325, 328; BGHZ 57, 84, 93 = NJW 1971, 2264, 2266

²⁵² So auch von Lübtow, S. 831 und RGZ 95, 325, 328

der Miterben bezweckenden Vorschrift, wenn es zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten vor Teilung des Nachlasses kommt.

Auch § 2204 verschafft den Nachlaßgläubigern keinen Anspruch auf Vorabberichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten. Diese Vorschrift regelt vielmehr nur das interne Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Miterben. Diese haben nämlich, wie auch von Lübtow anerkannt ²⁵³, nicht die Pflicht, die Auseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker zu dulden, sondern das Recht auf Auseinandersetzung nach den §§ 2042-2056. Ein einstimmiger Beschluß der Erben, die Erbengemeinschaft fortzusetzen und sich nicht auseinanderzusetzen, bindet also den Testamentsvollstrecker ²⁵⁴.

Die Regelung in § 2217 II, auf die von Lübtow sich zur Begründung seines Analogieschlusses desweiteren beruft, begründet ebenfalls keine Pflichten des Testamentsvollstreckers gegenüber den Nachlaßgläubigern und verschafft ihnen demgemäß auch keinen Anspruch auf Vorabberichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten.

Schon der Wortlaut sowohl des § 2217 I als auch der des § 2217 II belegen, daß diese Vorschrift nur das Innenverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker ordnet und, wie es das Reichsgericht einmal formuliert hat, die Machtsphäre des Vollstreckers vom Verwaltungsrecht des Erben abgrenzt ²⁵⁵. Nach § 2217 I hat der Erbe einen Anspruch auf Überlassung der nicht mehr vom Testamentsvollstrecker benötigten Nachlaßgegenstände, eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers

²⁵³ S. 942

²⁵⁴ von Lübtow, S. 942; Schlüter, § 39 IV 3; h. M.

²⁵⁵ So RG HRR 1930 Nr. 985; vgl. im übrigen Soergel-Damrau, § 2217 Rdnr. 1 und Münchener-Kommentar-Brandner, § 2217 Rdnr. 1

gegenüber dem Erben, die § 2217 II dahingehend erweitert, daß der Erbe durch Stellung einer Sicherheitsleistung den Testamentsvollstrecker auch zur Überlassung ansonsten noch benötigter Nachlaßgegenstände zwingen kann.

Zwar mag die Sicherheitsleistung nach § 2217 II letztlich die Befriedigung der Gläubigeransprüche gewährleisten. Auch wird der Testamentsvollstrecker die Nachlaßgegenstände häufig zur Versilberung und Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten benötigen. Der Testamentsvollstrecker wird jedoch insoweit entweder aufgrund ihn bindender letztwilliger Anordnungen des Erblassers tätig oder aufgrund der ihm durch § 2216 allein gegenüber dem Erben und dem Vermächtnisnehmer obliegenden Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung ²⁵⁶.

Von Lübtows Analogieschluß ist also schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die von ihm behauptete Pflicht des Testamentsvollstreckers zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses auch gegenüber den Nachlaßgläubigern nicht besteht. Damit liegt auch keine ausfüllungsbedürftige Lücke im Gesetz vor. Mit der herrschenden Auffassung ist daher weiterhin davon auszugehen, daß der Testamentsvollstrecker den Nachlaßgläubigern nur nach allgemeinen Rechtsvorschriften, insbesondere den

²⁵⁶ Daß die letztgenannte Vorschrift nur das Verhältnis zu diesen bestimmt und nur insoweit ein gesetzliches Verpflichtungsverhältnis besteht, ist auch wegen des systematischen Zusammenhangs dieser Vorschrift mit § 2219 einhellige Meinung und auch von von Lübtow (vgl. S. 945) anerkannt; vgl. im übrigen nur Soergel-Damrau, § 2216 Rdnr. 2 m. w. N. und Münchener-Kommentar-Brandner, § 2216 Rdnr. 3; daß auch § 2205 für ein Schuldverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und gewöhnlichen Nachlaßgläubigern nichts hergibt, hat der BGH unter ausführlicher Wiedergabe des Schrifttums in BGHZ 57, 84 ff. näher begründet

§§ 823 ff., haftet. Auch insoweit fehlt es an einem gegenüber Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter vergleichbaren Schutz der Nachlaßgläubiger.

d) Zusammenfassung und Ergebnis zu 3.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß die Kriterien, die für den Fall der Veräußerung einer Erbschaft durch Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter eine teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 gebieten, für den Testamentsvollstrecker nicht gelten.

Weder ist dieser in ein gesetzlich geregeltes Verfahren zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung eingebunden noch hat er auch eine den Nachlaßgläubigern gegenüber bestehende Pflicht, die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen. Soweit ihm eine derartige Pflicht durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder aufgrund seines Rechtsverhältnisses zum Erben auferlegt ist und er deshalb die Erbschaft veräußert, bietet dies den Gläubigern gegen Beeinträchtigungen ihrer Befriedigungsmöglichkeiten keinen ausreichenden Schutz. Anders als der Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter wird der Testamentsvollstrecker nicht zwingend vom Gericht ernannt. Das Gesetz verlangt auch nicht seine Unabhängigkeit und Geschäftskunde. Das Fehlen der Geschäftskunde und eine hierauf beruhende Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses können die Erben und die nachlaßbeteiligten Gläubiger nur zum Anlaß nehmen, die Entlassung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht zu beantragen. Eine allgemeine und durchgängige Aufsicht auch über die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers wird damit aber ebenso wenig erreicht wie eine auch nur punktuelle Überprüfung von den "gewöhnlichen" Nachlaßgläubigern beantragt werden kann

Wegen Fehlens entsprechender Verpflichtungen gegenüber den Nachlaßgläubigern haftet der Testamentsvollstrecker folgerichtig ihnen gegenüber auch nicht für schuldhaftes Beeinträchtigen ihrer Befriedigungsmöglichkeiten aus dem Nachlaß. Der Verkauf der Erbschaft durch den Testamentsvollstrecker erfordert daher die Anwendbarkeit der §§ 2382, 2383.

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des dritten Abschnitts

1. Die §§ 2382, 2383 erfassen - weitergehend als in § 2371 - auch die Verträge, mit denen ein einzelner Nachlaßgegenstand oder im einzelnen aufgeführte Nachlaßgegenstände veräußert werden, sofern sie die ganze Erbschaft ausmachen und der Erwerber weiß, daß es sich um die ganze Erbschaft handelt. Dieses Ergebnis folgt aus der Entstehungsschichte dieser Vorschriften und wird zudem von ihrem Sinn und Zweck geboten. Ratio der §§ 2382, 2383 ist, die Nachlaßgläubiger vor Beeinträchtigungen ihrer Befriedigungsmöglichkeit aus dem Nachlaß zu schützen, der ursprünglich - in der Hand des Erblassers - Haftungsgrundlage für dessen Verbindlichkeiten ihnen gegenüber war. Diese Haftungsgrundlage soll ihnen erhalten bleiben, zumal ein für die Veräußerung des Nachlasses an den Erben gezahltes Entgelt keinen ausreichenden Ersatz für den Verlust ihrer Kreditunterlage bietet. Dieser ratio würde es aber zuwiderlaufen, wenn der Erbschaftsbegriff in den §§ 2382, 2383 wie der in § 2371 nur die Veräußerung einer Erbschaft als solcher erfaßte. Denn der Verlust der Haftungsgrundlage droht auch in den Fällen, in denen die Nachlaßgegenstände im einzelnen im Vertrag aufgeführt sind. Die Richtigkeit dieser teleologischen Auslegung wird durch die Entste-

hungsgeschichte gestützt. Danach hat der Gesetzgeber den Schutz der Nachlaßgläubiger bewußt hoch angesetzt; dafür ist deutliches Beispiel die im BGB einmalige und von den Gesetzesverfassern selbst als anomal erkannte Vorschrift des § 2383 I S. 2.

Sowohl die historische Auslegung als auch der systematische Zusammenhang mit § 2371 gebieten es andererseits, den Erwerber in den Fällen, in denen nicht die Erbschaft als solche, sondern einzeln bezeichnete Nachlaßgegenstände Vertragsgegenstand sind, nur dann haften zu lassen, wenn er auch weiß, daß die veräußerten Gegenstände die Erbschaft ausmachen.

2. Besondere Probleme werfen in diesem Zusammenhang Erbschaftsveräußerungen auf, die nicht vom Erben selbst, sondern sog. Amtstreuhändern, wie Nachlaß-, Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker und/oder aufgrund eines auf Gläubigerbefriedigung hin zweckgerichteten Verfahrens, wie es auch das Nachlaßvergleichsverfahren in der besonderen Ausgestaltung des Liquidationsvergleichs ist, vorgenommen werden

Hier legt insbesondere die von Rechtsprechung und Schrifttum bei Vermögensveräußerungen durch den Konkursverwalter verneinte Haftung des Erwerbers nach § 419 Zweifel auch im Hinblick auf die Erwerberhaftung nach den §§ 2382, 2383 nahe. Sie erweisen sich als begründet, soweit die Veräußerung der Erbschaft durch den Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter bzw. aufgrund eines Liquidationsvergleichs im gerichtlichen Nachlaßvergleichsverfahren erfolgt, als unbegründet hingegen, soweit der Testamentsvollstrecker die Erbschaft veräußert. Zwar steht der Erwerberhaftung in keinem der genannten Fälle die Auslegung der §§ 2382, 2383, soweit sie ihre Grenze im möglichen Wortsinn findet, entgegen. Doch ist jedenfalls in den

ersten drei Veräußerungsvarianten eine teleologische Reduktion dieser Haftungsvorschriften mit der Folge ihres Ausschlusses geboten.

Durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens werden nämlich auf Gläubigerbefriedigung hin zweckgerichtete Verfahren eingeleitet, in denen der vom Gericht bestellte, nach den gesetzlich vorgegebenen Kriterien der Unabhängigkeit und Geschäftskunde ausgewählte Verwalter unter ständiger Aufsicht des Gerichts die Verwertung des Nachlasses durchführen und für in diesem Zusammenhang begangene schuldhafte Pflichtverletzungen persönlich einstehen muß. Demnach haben die Nachlaßgläubiger eine ausreichende Gewähr dafür, daß sie durch die Veräußerung auch der ganzen Erbschaft durch diese Verwalter keine Nachteile erleiden.

Die Veräußerung des Nachlasses aufgrund eines Liquidationsvergleichs bietet den Nachlaßgläubigern zwar keinen so umfassenden Schutz wie die Nachlaßverwaltung und das Nachlaßkonkursverfahren. Die in der Literatur häufig vorgenommene pauschale Gleichstellung des Vergleichsverfahrens mit dem Konkursverfahren erweist sich damit als zumindest ungenau.

Jedoch reicht auch dieser Schutz aus.

Hinzukommt, daß die Gläubiger bei Inanspruchnahme des Erwerbers sogar Nachteile in Kauf nehmen müßten. Weil das Nachlaßvergleichsverfahren eine beschränkte Haftung des Erben voraussetzt und mit Bestätigung des Nachlaßvergleichs die Haftung des Erben endgültig auf den Nachlaß beschränkt wird, gerät der Käufer nicht in die Gefahr, nach § 2383 I S. 2 unbeschränkt haften zu müssen. Er kann vielmehr die fortbestehende Überschuldung des erworbenen Nachlasses zum Anlaß nehmen, ein zweites Insolvenzverfahren zu beantragen. Das würde doppelte Kosten verursachen und dementsprechend

den Liquidationserlös schmälern, ein dem Schutzzweck der §§ 2382, 2383 zuwiderlaufendes Ergebnis.

Der Testamentsvollstrecker dagegen ist zwar wie Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter sog. Amtstreuhänder. Das Gesetz hat ihn jedoch nicht wie diese in ein auf Gläubigerbefriedigung hin ausgerichtetes Verfahren eingebunden, sondern sieht den Hauptzweck seiner Tätigkeit in der Durchführung der letztwilligen Verfügung des Erblassers.

Darüber hinaus besteht nur zwischen ihm und dem Erben und teilweise auch mit den nachlaßbeteiligten Gläubigern, insbesondere dem Vermächtnisnehmer, ein Rechtsverhältnis, das wechselseitig Pflichten und Ansprüche erzeugt. Den gewöhnlichen Nachlaßgläubigern steht hingegen kein Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu.

Soweit die Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten auch zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung gehört, kann sie nur der Erbe oder der Vermächtnisnehmer verlangen.

Der Testamentsvollstrecker wird überdies nur auf besonderes Ersuchen des Erblassers hin vom Gericht ernannt. Besonderen Zuverlässigkeitskriterien muß er nicht genügen. Er unterliegt keiner allgemeinen Aufsicht durch das Nachlaßgericht und haftet den Nachlaßgläubigern nur nach allgemeinen deliktischen Regeln.

Daher ist keine ausreichend sichere Gewähr dafür gegeben, daß die Nachlaßgläubiger im Falle einer Veräußerung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker hinreichend gegen Beeinträchtigungen der Befriedigungsmöglichkeit gesichert sind. Der Erwerber muß hier also nach den §§ 2382, 2383 haften.

VIERTER ABSCHNITT:Der Begriff der Erbschaft in den §§ 2384, 2385A. Der Begriff der Erbschaft in § 2384

Ebenso wie § 2146 den Vorerben gegenüber den Nachlaßgläubigern verpflichtet, den Eintritt der Nacherbfolge dem Nachlaßgericht anzuzeigen, ist nach § 2384 I der Verkäufer einer Erbschaft den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, den Verkauf der Erbschaft und den Namen des Käufers unverzüglich dem Nachlaßgericht anzuzeigen.

Verletzt der Verkäufer schuldhaft seine Anzeigepflicht, muß er den Nachlaßgläubigern den daraus entstehenden Schaden ersetzen. Anspruchsgrundlage hierfür ist nach einhelliger Auffassung die Vorschrift des § 823 II i. V. m. § 2384 als Schutzgesetz¹. Dieser Schadensersatzanspruch ist keine Nachlaßverbindlichkeit, so daß der Verkäufer keine Möglichkeit hat, seine Haftung zu beschränken².

Nach der Entstehungsgeschichte³ und dem systematischen Zusammenhang dieser Vorschrift mit § 2371 ist mit "Erbschaft" i. S. d. § 2384 I die Erbschaft als Vermögenssammelbezeichnung gemeint. Ob die Anzeigepflicht auch die Fälle erfaßt, in denen nicht die Erbschaft als solche, sondern die den Nachlaß ausmachenden Gegenstände und Rechte verkauft werden, hängt daher vom Normzweck dieser Vorschrift ab.

¹ Vgl. Münchener-Kommentar-Musielak, § 2384 Rdnr. 3; Soergel-Damrau, § 2384 Rdnr. 2; Staudinger-Ferid Cieslar, § 2384 Rdnr. 3

² Staudinger-Ferid-Cieslar und Münchener-Kommentar-Musielak, jeweils a. a. O., Fn. 1

³ Vgl. hierzu Prot. II, S. 129

Der Schutzzweck des § 2384 I wird allgemein darin gesehen, die Nachlaßgläubiger auf die veränderte Schuldenhaftung hinzuweisen ⁴. Dafür spricht: Schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages über eine Erbschaft als solche treten die in den §§ 2382, 2383 beschriebenen Haftungsfolgen ein. Würde der Kaufvertragsabschluß ein rein interner Vorgang bleiben, liefen die Nachlaßgläubiger Gefahr, gar nicht oder erst so spät hiervon Kenntnis erlangen zu können, daß ihre Zugriffsmöglichkeit auf den Nachlaß zumindest erheblich erschwert wäre. Die in § 2384 I normierte Anzeigepflicht verschafft ihnen daher die Möglichkeit, vom Abschluß des Kaufvertrages frühzeitig Kenntnis zu erlangen. Das Nachlaßgericht ist deshalb der in § 2384 I bestimmte Adressat, weil bei ihm alle erbrechtlichen Erklärungen zusammenlaufen ⁵ und oft nicht feststeht, wer Gläubiger ist ⁶.

Auch mit Abschluß eines Kaufvertrages über einen oder mehrere Gegenstände, die den Nachlaß wertmäßig ausschöpfen, verändert sich die Schuldenhaftung gem. §§ 2382, 2383 jedenfalls dann, wenn auch der Käufer weiß, daß der Kaufgegenstand die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmacht. Dies spricht dafür, auch diese Kaufverträge der Anzeigepflicht nach § 2384 I zu unterstellen. Denn ebensowenig wie die Kaufvertragsparteien die Möglichkeit haben sollen, die Haftung nach den §§ 2382, 2383 durch die Bezeichnung des Vertragsgegenstandes zu beeinflussen, kann es ihnen erlaubt sein, die Norm, die wesentliches Mittel zur Durchsetzung dieser Haftung ist, durch die Bezeichnung des Vertragsgegenstandes zu konterkarieren.

⁴Schon Prot. II. S. 129; vgl. ferner Münchener-Kommentar-Musielak, § 2384 Rdnr. 1; Erman-Schlüter, § 2384 Rdnr. 1 und Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 247

⁵Vgl. Schlegelberger, FGG, 2. Bd., § 72 Rdnr. 13

⁶Vgl. Münchener-Kommentar-Musielak, § 2384 Rdnr. 1 und Bartholomeyczik, 5. Denkschrift, S. 247

Für § 2384 ist daher der erweiterte Erbschaftsbe-
griff der §§ 2382, 2383 zugrunde zu legen.

B. Der Begriff der Erbschaft in § 2385

Nach § 2385 finden die Vorschriften über den Erbschafts-
kauf entsprechende Anwendung auf den Kauf einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft sowie andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweitig von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind.

Ziel des Gesetzes ist es damit, Verträge, bei denen sich gleiche Interessenlagen wie beim Erbschafts-
kauf ergeben, zu erfassen und sie den für den Erbschafts-
kauf geltenden Vorschriften zu unterstellen⁷. Häufig genannte Beispiele sind in diesem Zusammenhang der Tauschvertrag, der Weiter-
verkauf, der Rückkauf durch den Erben, die Schenkung einer Erbschaft sowie die Vereinbarung über die Verpflichtung zur Hingabe einer Erbschaft an Zahlungs Statt⁸. Auch bei dieser Vorschrift dachte der Gesetzgeber nur an Verträge, die auf Veräußerung einer Erbschaft als solcher gerichtet sind, und es stellt sich die Frage, ob auch die Verträge erfaßt werden sollen, die nur die den Nachlaß ausmachenden Gegenstände und Rechte zum Gegenstand haben.

Gegen eine derartige Ausweitung des Erbschafts-
begriffs in § 2385 spricht aber schon, daß nach dieser Norm alle Vorschriften des Erbschafts-
kaufs

⁷ Vgl. Münchener-Kommentar-Musielak, § 2385 Rdnr. 1

⁸ Vgl. hierzu Münchener-Kommentar-Musielak, § 23 Rdnr. 1 und 2; Soergel-Damrau, § 2385 Rdnr. 1; Erman-Schlüter, § 2385 Rdnr. 1

für entsprechend anwendbar erklärt werden, während die §§ 2371-2381 auf den Kauf bestimmter Gegenstände und/oder Rechte, mögen sie auch den gesamten Nachlaß ausmachen und der Käufer dies wissen, nicht anwendbar sind. Nur die §§ 2382, 2383, 2384 erfassen von ihrem Normzweck her auch diese Kaufverträge.

Die Lösung läßt sich denn auch nur aus diesen Haftungsnormen in Verbindung mit dem in § 2385 zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken entwickeln. Weil es für die Nachlaßgläubiger keinen Unterschied ausmacht, in welcher schuldrechtlichen Gestaltung ihnen die Haftungsgrundlage entzogen wird, muß der Erwerber in entsprechender Anwendung der §§ 2382, 2383 in allen Fällen haften, in denen er gem. § 2385 i. V. m. §§ 2382, 2383 zu haften hätte, wenn die Erbschaft als solche veräußert worden wäre.

FÜNFTER ABSCHNITT:Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse

Die Untersuchung des Begriffs der Erbschaft in den §§ 2371 ff. hat gezeigt, daß eine zuverlässige Begriffsbestimmung nur vom Normzweck der einzelnen Vorschriften her möglich ist.

Der Gesetzgeber hatte nur den Verkauf einer Erbschaft "in Bausch und Bogen" vor Augen, bei dem es dem Verkäufer entscheidend darauf ankommt, mit der Abwicklung der Erbschaft nichts zu tun zu haben und den Käufer, wenn nicht erbrechtlich im Wege der erbrechtlichen Universalsukzession, so doch weitestgehend wirtschaftlich und schuldrechtlich an seine Stelle treten zu lassen. Der Verwirklichung dieser erbrechtlichen Grundsätze und den Besonderheiten eines Kaufs in Bausch und Bogen tragen die

§§ 2371-2381 Rechnung. Diese Vorschriften regeln die Form des Vertrages und das Innenverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer.

Anders verhält es sich dagegen bei den §§ 2382, 2383. Diese Vorschriften dienen dem Schutz der Nachlaßgläubiger vor dem Entzug ihrer Haftungsgrundlage und damit vor Beeinträchtigung ihrer Befriedigungsmöglichkeiten aus dem Nachlaß. Für diese Vorschriften konnte nachgewiesen werden, daß der Gesetzgeber diesen Schutz bewußt sehr weitgehend ausgestaltet und dadurch verabsolutiert hat, daß er die Haftung von Verkäufer und Erwerber unabhängig von hiervon abweichenden internen Absprachen der Kaufvertragsparteien eintreten läßt. Der Schutz der Nachlaßgläubiger macht die Haftung dann aber auch unabhängig von der Bezeichnung des Vertragsgegenstandes, die den Kaufvertragsparteien überlassen ist, in allen Fällen

erforderlich, in denen zwar nur ein einzelner Gegenstand oder mehrere einzeln aufgeführte Nachlaßgegenstände verkauft werden, diese aber die ganze oder nahezu ganze Erbschaft ausmachen. Der systematische Zusammenhang der §§ 2382, 2383 mit § 2371 wie aber auch die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende konkrete Normvorstellung des historischen Gesetzgebers bedingen allerdings, diese Haftung nur dann eintreten zu lassen, wenn der Erwerber auch weiß, daß das Erworbene die Erbschaft ausmacht.

Diese Haftung tritt jedoch nicht in jedem Fall einer Veräußerung der Erbschaft gleich welcher äußerer Gestaltung ein.

So ist eine teleologische Reduktion der §§ 2382, 2383 mit der Folge ihres Ausschlusses geboten, wenn die Veräußerung der Erbschaft durch den Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter oder durch den Erben, einen Sachwalter oder Treuhänder aufgrund eines gerichtlichen Nachlaßliquidationsvergleichs erfolgt.

In diesen Fällen sind die Nachlaßgläubiger ausreichend gegen Beeinträchtigungen ihrer Befriedigungsmöglichkeiten geschützt, wenn dieser Schutz im Nachlaßvergleichsverfahren auch weniger stark ausgeprägt ist als bei der Nachlaßverwaltung oder im Nachlaßkonkursverfahren. Bei Veräußerung des Nachlasses im Nachlaßvergleichsverfahren wäre eine Erwerberhaftung zudem auch wirtschaftlich sinnlos. Der Erwerber würde nämlich sofort ein zweites Insolvenzverfahren über den Nachlaß einleiten können, was nur doppelte Kosten und eine weitere Schmälerung des Liquidationserlöses zur Folge hätte - ein wirtschaftlich sinnloses Ergebnis, an dem die Gläubiger kein schutzwürdiges Interesse haben können.

Haften muß der Erwerber aber dann, wenn er die Erbschaft vom Testamentsvollstrecker erwirbt. Zwar wird dieser wie der Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter als Amtstreuhandler bezeichnet und ist dieser wie Nachlaß- und Nachlaßkonkursverwalter über den Nachlaß allein verfügungsbefugt. Aber abgesehen davon, daß schon zweifelhaft ist, ob der Treuhänderstatus nicht hinter seiner eigentlichen Aufgabe, Willensvollstrecker des Erblassers zu sein, zurücktritt, erschöpfen sich hierin die Parallelen. Bei der Veräußerung durch den Testamentsvollstrecker fehlt es an den gesetzlichen Vorkehrungen, die im Nachlaßverwaltungs- bzw. Nachlaßkonkursverfahren den Nachlaßgläubigern die bestmögliche Befriedigung gewährleisten.

Ausschließlich dem Schutz der Nachlaßgläubiger dient auch die dem Verkäufer obliegende Anzeigepflicht gem. § 2384 I. Für die Auslegung des Begriffs der Erbschaft in dieser Vorschrift, die die Nachlaßgläubiger in den Stand setzen soll, auf eine Veränderung der Haftungslage durch den Verkauf der Erbschaft frühzeitig reagieren zu können, kann daher nichts anderes gelten als für die in den §§ 2382, 2383.

Auf den Begriff der Erbschaft als solcher wiederum zugeschnitten ist § 2385 I, der die entsprechende Anwendung der §§ 2371 ff. für Verträge regelt, die wie der Verkauf auf Veräußerung der Erbschaft gerichtet sind. Der in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke in Verbindung mit dem Schutzzweck der §§ 2382, 2383 gebietet allerdings die Erwerberhaftung auch in den Fällen, in denen derart vergleichbare Verträge zur Veräußerung eines einzelnen oder mehrerer einzelner Nachlaßgegenstände dienen, die die Erbschaft ausmachen, wenn der Erwerber davon weiß.

Lebenslauf

Am 27.03.1952 wurde ich als Sohn der Kaufleute Clemens und Regina Bocker in Hamm geboren.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1958 bis 1962 besuchte ich die Katholische Westschule in Hamm und wechselte anschließend auf das Staatlich Altsprachliche Gymnasium Hammonse, wo ich am 10.05.1971 die Reifeprüfung ablegte.

Im Anschluß daran diente ich zwei Jahre lang bei der Bundeswehr in Ahlen/Westf. und in Bremen.

Vom Wintersemester 1973/74 an studierte ich

Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-

Universität in Münster. Die erste juristische Staatsprüfung

bestand ich am 14.12.1978 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. Am

29.09.1981 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seitdem bin ich als

Rechtsanwalt in der Sozietät Dr. Rinsche in Hamm tätig. Meine

Zulassung als Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht erfolgte am

20.03.1984.

